

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE RECOURS HIÉRARCHIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 22 mai 1923, à 4 h. 1/2

PAR

Paul BERGERON

Président : M. ROLLAND, professeur.

Suffragants { MM. JACQUELIN, *Professeur*
 { MESTRE, *agrégé*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, rue Racine, 15

—
1923

THESE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE RECOURS HIÉRARCHIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 22 mai 1923, à 4 h. 1/2

PAR

Paul BERGERON

Président : M. ROLLAND, professeur.

Suffragants { MM. JACQUELIN, *Professeur*
 { MESTRE, *agréé*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, rue Racine, 15

—
1923

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



LE RECOURS HIÉRARCHIQUE

INTRODUCTION

Le moyen le plus direct qui s'offre au citoyen désireux d'obtenir de l'Administration une satisfaction quelconque est de s'adresser aux représentants qualifiés de cette Administration. Le recours hiérarchique est une des formes de réclamation qu'on peut leur adresser. Pour que ce recours soit possible, il faut que l'administration soit organisée d'une certaine manière, qui est la manière hiérarchisée.

On peut dire que le recours hiérarchique est comparable, dans les relations du droit privé, à une demande amiable. Le particulier qui tente un arrangement avec celui qu'il prétend lui avoir causé du tort, sans s'adresser à l'organe extérieur représenté par les tribunaux civils, agit semblablement au citoyen qui saisit un administrateur de ses griefs.

Cependant, une différence apparaît là entre le droit privé et le droit public. Tandis que dans les relations privées on ne va pouvoir que s'adresser à l'auteur du mal supposé, dans les relations avec l'administration il y aura, grâce à la hiérarchie, plusieurs personnes compétentes pour être saisies. Ce n'est pas à dire que la notion de hiérarchie soit complètement incompatible avec celle de droit privé. Il y a des chefs et des inférieurs dans les établissements industriels. On peut concevoir que dans les relations d'une société avec les tiers apparaisse l'idée de hiérarchie. Si quelqu'un a essayé de faire accueillir une demande amiable par un représentant qualifié d'une société, il pourra, avant de saisir les tribunaux, s'adresser au chef de ce représentant, s'il en existe un. Les compagnies de chemins de fer ont dans certaines villes des représentants qui ont qualité pour accorder des réparations pécuniaires aux victimes des quasi délits. Il semble que celui qui se verrait octroyer une somme trop faible par un semblable représentant pourrait en appeler au siège central. Il y aurait là une sorte de recours hiérarchique privé. Néanmoins, c'est dans les rapports avec l'Administration que ce recours sera le plus fréquent.

Plus ou moins bien précisée, la hiérarchie a toujours existé sous l'administration française. Il est utile de l'analyser en premier lieu, puisque c'est elle qui rend possible une espèce particulière de recours.

LE PRINCIPE HIERARCHIQUE

L'organe qui commande dans l'Etat peut abandonner une partie de ses attributions au profit d'autorités inférieures, ou en conserver pour lui la totalité. Le second système est celui de la centralisation. Cette dernière a pour conséquence la hiérarchie. « L'Etat se refuse à remettre ses pouvoirs à d'autres que ceux qu'il nomme et qu'il surveille. Il entretient, d'une extrémité du territoire à l'autre, une foule d'agents privés d'initiative, chargés uniquement d'exécuter les instructions qu'il leur transmet, et d'appliquer un régime rigoureusement uniforme. » (1) Dans une telle organisation, il est nécessaire qu'existe une institution qui porte le nom de discipline, et qui est nécessaire pour relier ces agents au centre d'où vient l'impulsion.

La hiérarchie veut des rapports de commandement et d'obéissance qui réunissent les fonctionnaires du même ordre. Le pouvoir hiérarchique est l'ensemble des prérogatives reconnues à ceux qui ont qualité de supérieurs (2).

L'histoire a montré la solidité des sociétés où a existé

(1) Molliet. Thèse, Paris 1909. Tome II, page 5.

(2) Molliet page 5.

ce pouvoir. Le Christianisme, société hiérarchisée, a résisté à tous les assauts. Un autre monument imposant du principe hiérarchique est l'Empire Romain, qui pendant longtemps assura la paix du monde, grâce à une organisation administrative basée sur la hiérarchie (1).

Dans l'ordre privé, un établissement industriel est une démonstration de l'excellence du principe hiérarchique. L'autorité vient tout entière d'en haut. Le directeur commande, les ingénieurs exécutent les intentions qui leur sont exposées et veillent à ce que les leurs soient réalisées par ceux qui commandent à leur tour les ouvriers.

L'expérience a été faite à la verrerie d'Albi d'une usine où l'autorité ne pouvait être que très amoindrie, et il est probable qu'il y eut là une des causes de ruine.

Dans l'ordre public, c'est le principe hiérarchique qui a permis à la Royauté de faire partout respecter son autorité. Aux désordres de la féodalité, organisation hiérarchique mais dont les liens n'étaient plus suffisamment forts pour assurer la prééminence du roi resté théoriquement le seigneur suzerain, a succédé le gouvernement des Intendants, agents nommés directement par le pouvoir central. Avec la période révolutionnaire, on assiste à un renouveau des désordres, qui cessent avec la Restauration de la Hiérarchie en l'an VIII.

(1) Hugo Derville, Thèse. Paris 1913, vol. 83, page 3.

PREMIERE PARTIE

HISTOIRE ET NATURE
DU RECOURS HIÉRARCHIQUE

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

§ 1. *Précédents sous l'Ancien Régime*

Les précédents du recours hiérarchique sous l'Ancien Régime paraissent être les « plaids de la porte » dans lesquels la justice était rendue par le souverain sans formes déterminées. Plus tard ce furent les maîtres des requêtes qui rendirent cette justice patriarcale.

Jusqu'à sa chute la monarchie recevait les plaintes à elle adressées directement. Louis XIII accueille en son conseil privé « les plaintes des oppressions et des tyrannies que l'on exerce sur le peuple dans les provinces, à

quoi ni les juges ordinaires ni les parlements ne peuvent ou refusent de donner ordre ». (1)

Sous Louis XIV, les particuliers s'adressent au roi en lui présentant des placets. Cet usage subsista jusqu'à la Révolution, et une procédure réglée dans les moindres détails avait été élaborée à laquelle les requérants devaient se soumettre.

La Constitution du 3 septembre 1791 organisa une nouvelle manière d'obtenir satisfaction.

§ 2. *Précédents sous la période révolutionnaire.*

A la disparition de l'Ancien Régime, on assiste à une destruction de la hiérarchie remplacée par des administrations élues. Cependant, ces administrations ne sont pas indépendantes. On peut appeler de l'inférieur au supérieur. Il est impossible d'adresser des réclamations ailleurs qu'à l'administration elle-même. Une seule sorte de recours est donc possible.

La loi de l'an VIII revient aux principes de la hiérarchie. En même temps sont instituées des autorités extérieures à l'administration et qu'on peut saisir de réclamations. Le recours hiérarchique se différencie des autres.

(1) Le Bret. *De la souveraineté*, liv. II, chap. III, p. 42.

La doctrine des assemblées révolutionnaires est que l'administration se contrôle elle-même. « Contre les actes d'administration qui impliquent une délégation de la puissance publique, aucune réclamation contentieuse n'est admise, soit devant les tribunaux judiciaires, soit devant les corps administratifs constitués en juridiction. » (1)

Le souvenir de la confusion des pouvoirs qui régnait sous l'Ancien Régime faisait écarter le contrôle des juges. D'autre part aucune juridiction spéciale n'avait été créée. Il n'y avait donc qu'à s'adresser à l'auteur de l'acte ou à son supérieur.

Qu'il s'agisse de droits ou d'intérêts méconnus, que l'autorité soit sollicitée d'agir ou non, la nature de l'acte qu'elle fera sera la même.

Sous la Constituante, on pourra en appeler des directoires de districts aux directoires de département, ensuite au roi, qui pourra aussi annuler directement les actes des sous-administrateurs.

Lorsqu'il s'agit d'incompétence, la décision du roi peut être soumise à l'Assemblée Nationale qui prononce en dernier ressort (2).

Sous la Convention, le recours est porté au conseil exécutif provisoire, composé de la réunion des ministres investie collectivement du pouvoir exécutif, ensuite

(1) Laferrère, 2^e édit., t. I, p. 185.

(2) Loi des 27 avril-25 mai 1791, art. 17.

aux commissions qui remplacèrent les ministres en vertu de la loi du 12 Germinal an II.

C'est sous le Directoire que les ministres deviennent individuellement les dépositaires de l'autorité administrative. Ils annulent chacun dans leur département les actes des administrations inférieures.

De 1789 à l'an VIII, le pouvoir central a toujours eu les mêmes attributions à l'égard des actes des autorités locales. « Elles comprennent à la fois le contrôle, la réformation et l'annulation de ces actes, soit pour incompetence, illégalité, atteinte aux droits acquis, soit pour inopportunité administrative et infraction aux ordres donnés (1).

Les recours, sous cette période, sont qualifiés de hiérarchiques par Laferrière : « La nature et la forme des décisions sont les mêmes, qu'elles soient rendues d'office ou sur la réclamation des parties intéressées : elles se confondent toutes dans une notion unique, celle de l'autorité hiérarchique. » (2) Ce dernier mot est peut-être impropre. « Les institutions administratives de la Révolution reposent sur deux principes fondamentaux : le régime électif pour recrutement et la collégialité pour méthode, ce qui est la négation même de toute hiérarchie », dit P. Dareste. La physionomie de ce recours a

(1) Laferrière, 2^e édit., t. I, p. 188.

(2) Ibid.

été remarquée : « Il avait même ce caractère particulier qu'il s'exerçait contre les actes de corps élus, devant des supérieurs hiérarchiques qui n'avaient pas le droit de nomination, mais seulement celui de suspension ou exceptionnellement de révocation. » (1).

Il y avait du reste des cas où les assemblées n'étaient aucunement subordonnées à celles de degré supérieur. C'est ainsi que les directoires de département statuaient souverainement sur les réclamations contre la taxe du pain (art. 31, loi des 19-22 juillet 1791).

M. Romien, dans ses conclusions sous l'affaire Picard du 31 juillet 1903 disait : « En 1791, les règles relatives aux recours hiérarchiques n'étaient ni bien précises ni bien établies : le directoire du département était un corps élu et il n'y avait en réalité aucune hiérarchie. » (2).

On peut remarquer que pendant toute la période qui a précédé la loi de l'an VIII, ce prétendu recours hiérarchique étant le seul moyen de défense ouvert aux citoyens était régi par des textes, ce qui n'aura pas lieu sous la période suivante : « Aussi était-il garanti et même organisé par les constitutions et par la législation avec un certain luxe de détails. » (3). « Le roi a le droit d'annuler les actes des administrateurs du département contraires

(1) P. Dareste. *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, 1914, p. 291.

(2) Lebon, 1901, p. 585.

(3) Dareste, p. 290.

aux lois ou aux ordres qu'il leur a adressés. » (Constitution du 3 septembre 1791, t. 3, ch. 4, sect. 2, art. 5.) « Les administrateurs de département ont de même le droit d'annuler les actes des sous-administrateurs de district, contraires aux lois ou aux arrêtés des administrateurs de département, ou aux ordres que ces derniers leur auront donnés ou transmis » (art. 6). On peut citer encore la loi des 7-14 octobre 1790 rendue à propos d'une espèce et sur laquelle on a fondé le recours pour excès de pouvoir, l'article 193 de la Constitution du 5 Fructidor an III, les articles 196 et 197. « Il est hors de doute que, dans l'esprit des rédacteurs de ces lois, le recours direct hiérarchique était le recours par excellence et même la voie unique de recours contre les actes des divers organes de la puissance publique. »

Dans la suite, on ne parlera plus du recours hiérarchique, qui sera sous-entendu, et les lois organiseront d'autres manières de se défendre.

§ 3. *Apparition du recours hiérarchique.*

Bien qu'avant l'an VIII quelques brèches aient été apportées au principe de l'élection et de la collégialité, c'est à ce moment que se place le retour au régime d'autorité. Des lois spéciales ou des actes consécutifs aux

divers coups d'état avaient prononcé des révocations individuelles et collectives dans les assemblées locales et des remplacements avaient été opérés directement par le pouvoir central.

La Convention rentrait dans la voie de la centralisation par l'envoi de commissaires dans les départements.

Les inconvénients de la collégialité avaient été diminués par la présence des commissaires du Directoire auprès des Assemblées locales (1).

La nomination des administrateurs étant faite par le pouvoir central, il existe à ce moment un régime compatible avec la hiérarchie, et ce sont de vrais recours hiérarchiques qui sont ouverts aux citoyens. A côté de ceux-ci il en existe d'autres qui se sépareront des premiers de plus en plus.

L'article 52 de la Constitution de l'an VIII prévoyait l'institution d'un Conseil d'Etat. « Sous la Direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » Le règlement du 5 Nivose an VIII disposait avec plus de précision : « Le Conseil d'Etat prononce... sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'Administration et les tribunaux, sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. » Sans aller chercher des arguments dans les textes (la loi des

(1) Dareste. *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique.*

7-14 octobre 1790 est visée pour la première fois le 15 juillet 1832), le Conseil d'Etat se considéra comme collaborateur du chef suprême de l'Administration. Deux ordres de raison l'y incitaient : les traditions de l'Ancien Régime, l'esprit général de la législation de l'an VIII. « Le Conseil d'Etat de l'an VIII et de 1806 est un retour à l'ancienne institution du Conseil du Roi ; on y voit même revivre les dénominations autrefois usitées, soit pour le corps lui-même, soit pour ses membres qui reprennent le titre de Conseillers d'Etat et de maîtres des requêtes. » (1) Le Conseil des dépêches était sous la monarchie l'organe de préparation des ordres royaux en matière administrative, il parut naturel au Conseil d'Etat de reprendre le même rôle.

La législation de l'an VIII marquant un retour aux principes d'autorité, le Conseil d'Etat se considéra comme chargé d'exercer, en une forme contentieuse, une sorte d'autorité hiérarchique du Chef de l'Etat, afin d'assurer dans une administration centralisée et hiérarchisée, où les pouvoirs sont spécifiés et séparés, où des formes légales sont imposées aux actes, le respect des compétences et des formes, et, d'une façon générale, le respect de la discipline établie et du sentiment de la fonction. (2).

Les citoyens ont donc depuis l'institution du Conseil

(1) Laferrière, 1^{re} édit. 1887, t. I, p. 181.

(2) Hauriou, 9^e édition 1919, p. 475.

d'Etat, deux sortes de recours lorsqu'ils ont à se plaindre d'une autorité subordonnée. Ils peuvent comme autrefois porter leurs réclamations aux ministres, ils peuvent, usant du nouveau procédé, les porter au chef de l'Etat, qualifié par la loi des 7-14 octobre 1790 de chef de l'administration générale.

Le Chef de l'Etat, comme autrefois le roi, fait examiner le recours par son conseil. « Le Conseil d'Etat ne possédait pas d'attributions juridictionnelles propres, son rôle se bornait à préparer la solution de la question litigieuse, à proposer un avis, en fait régulièrement adopté, mais n'ayant par lui-même aucune valeur propre tant que le chef de l'Etat ne l'avait pas fait sien. » (1).

Il ne faudrait pas croire cependant que ce recours soit, suivant l'expression de M. Hauriou, le dernier degré du recours hiérarchique. Dès l'origine, une différence les sépare. Le recours au Conseil d'Etat n'est ouvert que si la matière est contentieuse. « Affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. » Lorsqu'il s'agit de recours contre des subordonnés, on peut se demander quelles sont ces affaires contentieuses. Le texte, trouvé après coup comme justification du recours au Conseil d'Etat contre des autorités inférieures, fut celui de la loi des 7-14 octobre 1790. « Les réclamations d'incompétence à l'égard des

(1) Léon Marie. *De l'avenir du Recours pour excès de pouvoir*. Revue de droit public, 1901, t. xvi, p. 289.

corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux, elles doivent être portées au roi, chef de l'administration générale. »

Après avoir été portées au roi, puis aux ministres réunis en Conseil, aux ministres individuellement, ces réclamations d'incompétence devaient donc être portées au Conseil d'Etat.

Les recours hiérarchiques continuent à exister. Cela n'était pas douteux en raison de la subordination des autorités. Il faudra attendre l'article 6 du décret-loi du 25 février 1852 pour trouver un texte qui en parle.

CHAPITRE II

NATURE DU RECOURS HIÉRARCHIQUE

Le recours hiérarchique supposant la mise en œuvre du pouvoir hiérarchique, c'est ce dernier qu'il y a lieu d'abord d'analyser.

§ 1. *Analyse du pouvoir hiérarchique,*

Il est classique de diviser le pouvoir hiérarchique en pouvoir sur la personne et pouvoir sur les actes. Le pouvoir sur la personne permet de maintenir les fonctionnaires dans la ligne de conduite que le supérieur leur a tracée ; le pouvoir sur les actes prive d'effets juridiques les décisions malencontreuses qu'ils auraient prises.

Il est peut-être hasardeux d'essayer de ramener à l'unité les différents aspects du pouvoir hiérarchique. Si cependant ce pouvoir se réduisait au seul commandement, il serait à la rigueur suffisant pour assurer l'exécution des services.

Qu'on suppose en effet que des ordres soient envoyés aux inférieurs, leur enjoignant de rapporter ou refaire leurs actes, on pourrait se passer du contrôle directement exercé par le chef de service.

A tout ordre il faut une sanction, sinon celui qui le reçoit ne sera que moralement forcé d'obéir.

Le troisième aspect du pouvoir hiérarchique, le pouvoir disciplinaire est une conséquence du premier, le pouvoir du commandement.

Le contrôle, deuxième aspect du pouvoir hiérarchique, apparaît comme la simplification d'une opération à deux degrés. « Bien plus, au lieu de prendre ces mesures provisoires ou indirectes, il peut agir personnellement et annuler l'acte de son subordonné. » (1).

A. POUVOIR HIÉRARCHIQUE ET SURVEILLANCE

Par le pouvoir hiérarchique, le chef de service exerce un contrôle sur les actes juridiques et non juridiques accomplis par les agents subordonnés. On réserve généralement le nom de pouvoir hiérarchique à celui qui s'exerce sur les actes juridiques. Le pouvoir hiérarchique proprement dit ne s'exerce donc que sur les agents faisant des actes juridiques.

Ceux qui ne font pas d'actes juridiques ne sont soumis

(1) Le *Contrôle hiérarchique*. Revue de droit public 1897, p. 62.

qu'au pouvoir de surveillance et au pouvoir disciplinaire. « Il importe toutefois de bien distinguer la surveillance d'autres institutions avec lesquelles on la confond souvent, et notamment de la hiérarchie et du contrôle. La surveillance n'est pas la hiérarchie, car elle s'exerce sur tous les agents sans aucune distinction, quel que soit leur mode de nomination, quelles que soient la nature et l'étendue de leurs attributions, sur les agents nommés et les agents élus, sur les agents de juridiction, sur les agents administratifs, qu'ils fassent des actes unilatéraux ou actes de puissance publique, des actes de gestion ou même simplement des opérations matérielles. On verra au contraire, que la hiérarchie, comprise dans sa portée véritable, ne peut subordonner les uns aux autres, que des agents faisant ce qu'on appelle des actes d'autorité. » (1).

Tous les agents centralisés, sans exception, font partie de la hiérarchie. Les chefs de la hiérarchie sont les ministres, chacun dans son département, et non le Président de la République. « Les administrations locales sont subordonnées aux ministres », dit l'article 59 de la Constitution de l'an VIII. « Le roi est le chef suprême de l'administration générale du royaume », disait au contraire la Constitution du 3 septembre 1791 (T. III, ch. IV, art. 1).

(1) Duguit. *L'Etat*, vol. 2, p. 459.

Ainsi que le disait le commissaire du gouvernement Rôsnieu dans ses conclusions sous l'affaire Lefort du 31 juillet 1903, il n'existe pas d'agents centralisés échappant à la surveillance du ministre. « Nous pensons que le ministre a commis une erreur », disait le commissaire du gouvernement à propos du ministre de l'Agriculture, qui avait refusé d'annuler un arrêté municipal taxant le pain.

Les agents peuvent être directement ou indirectement subordonnés aux ministres, mais ils le sont tous. L'ordonnance du 26 mars 1816 disait que l'administration de l'ordre de la Légion d'Honneur était confiée au grand chancelier qui « travaille directement avec le roi ». Malgré cette expression, le Conseil d'Etat a assujéti le grand Chancelier à la subordination au ministre.

Il se peut que la loi pour certaines décisions d'agents publics, ait établi un contrôle autre que le pouvoir hiérarchique. Dans ces cas exceptionnels, le pouvoir hiérarchique est exclu. (1)

Il peut arriver qu'une loi ou un règlement fait en exécution d'une loi, en attribuant à un agent le pouvoir de décision en certaines matières, en ait réservé d'autres à l'approbation ministérielle. Cela signifie que pour les décisions non soumises à approbation, le pouvoir hiérarchique est exclu. Le maire est ainsi soumis au pouvoir

(1) Arr. Cons., 17 janv. 1913, La chaize, p. 81.

hiérarchique, en tant qu'il exerce les attributions prévues par l'article 92 de la loi du 5 avril 1884. Dans le reste de ses attributions, il n'est soumis qu'à une autorité moins étendue qu'on appelle contrôle ou tutelle. Cette double qualité du maire a une explication historique, ce dernier ayant commencé par être un agent centralisé comme le préfet. « Le maire de Grubelsen suspendant plusieurs fois le sieur Suau de ses fonctions de garde-champêtre, pour fautes commises dans l'exercice de ses fonctions, a agi par application de l'article ci-dessus rappelé de la loi du 5 avril 1884 ; qu'en admettant qu'il ait fait un usage abusif des pouvoirs qu'il tient de cet article, les arrêtés attaqués n'étaient pas de ceux qu'il appartient au préfet d'annuler ou de suspendre par application de l'art. 95 de la loi précitée ; qu'il suit de là que l'arrêté sus-visé du préfet de l'Hérault est entaché d'excès de pouvoir. » (1)

B. COMMANDEMENT

La Centralisation étant admise, il est nécessaire que les chefs de service disposent de moyens qui leur permettent d'assurer le fonctionnement de la partie des services dont ils ont la responsabilité. A cet effet, ils envoient aux subordonnés des ordres qui leur tracent

(1) Arr. Cons., 11 avril 1913, p. 392.

leur conduite. C'est cette manière d'agir qu'on nomme suivant la formule de Roederer « procuration d'action ». On a discuté sur la valeur juridique de ces prétendus ordres, qui d'ailleurs ne le sont pas toujours quant à la forme, affectant l'allure d'un conseil.

En fait, ces ordres existent, et on peut justifier leur emploi par leur contre-partie qui est la responsabilité. Si le supérieur commande, c'est parce qu'il répond de son subordonné. « Une responsabilité plus ou moins étendue pèse d'ailleurs sur toutes les autorités, et est la contre-partie de leur droit de commandement. » (1).

« Investis de la puissance paternelle et éducationnelle, les parents et les instituteurs répondent civilement des dommages causés par leurs enfants mineurs ou leurs élèves. La même obligation s'impose au commettant, car il est libre de choisir, surveiller et remplacer ses préposés. »

« Cette responsabilité, dit le professeur Perreau, l'une des assises les plus profondes de notre organisation administrative et constitutionnelle, exige et présuppose ce droit de contrôle et de surveillance. » (2)

On remarque que dans l'organisation actuelle, le Président de la République, irresponsable, ne peut commander à un agent quelconque de l'Etat. Il y aurait peut-

(1) Molliet. Thèse Paris, vol. 19, p. 19.

(2) Perreau, p. 441.

être lieu de faire une exception en ce qui concerne les armées de terre et de mer. « Il dispose de la force armée » dit l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, et dans l'intention du Maréchal de Mac-Mahon, il s'agissait bien de commandement, puisque les mots « sans pouvoir la commander en personne » ont été retirés. •

Poussant jusqu'au bout les conséquences de la corrélation du commandement et de la responsabilité, d'éminents auteurs (1) avaient voulu donner à l'Empereur, sous la Constitution de 1852, la surveillance de l'Administration ; sous ce régime, le chef de l'Etat seul, était responsable et non ses ministres, qui se trouvaient à son égard dans la même situation que tout autre fonctionnaire.

C. CONTROLE

Au lieu de commander aux inférieurs de retirer l'acte juridique qu'ils ont fait, il est possible au supérieur de se passer de cet intermédiaire, et d'agir lui-même. C'est l'exercice du contrôle qui peut consister à annuler et à réformer.

L'annulation trouve sa justification dans les principes généraux, et peu dans les textes qui se réduisent proba-

(1) Serrigny, t. III, p. 182.

blement aux décrets de 1852 et 1864. L'annulation peut être partielle, à moins que les diverses dispositions de l'acte ne soient indivisibles (1). Les actes pourraient aussi être frappés d'une inefficacité temporaire, c'est-à-dire suspendus provisoirement. Formellement prévue en ce qui concerne les organes décentralisés, la suspension ne l'est pas pour les autres, mais il ne semble pas qu'il y ait des raisons valables pour la restreindre aux premiers.

Le droit de réformation totale ou partielle se justifie par les mêmes textes et les mêmes considérations.

Si ce droit est général en principe, il y a lieu de faire une réserve en ce qui concerne les actes réglementaires des préfets. A leur égard les ministres disposeront certainement du droit d'injonction, de suspension, d'annulation, mais il n'en est pas de même du droit de réformation. Pour pouvoir substituer à l'acte de l'inférieur, celui du supérieur, il faut que les attributions de ces deux autorités soient de même nature, que le caractère des attributions du supérieur ne répugne pas à exercer celles de l'inférieur, que le genre de décision à prendre, en d'autres termes, ne soit pas complètement étranger aux fonctions propres du supérieur (2). On est d'accord en général pour refuser le pouvoir réglementaire aux

(1) Arr. Cons., 23 déc. 1892. D. 94.3.18.

(2) Perreau, p. 62.

ministres ; il faut conclure qu'ils ne pourraient l'exercer indirectement en réformant les arrêtés réglementaires des préfets. En adoptant cette solution, on se heurte il est vrai, aux termes du décret de 1852 qui ne faisait pas d'exceptions.

Le supérieur ne peut agir à la place de l'inférieur, c'est-à-dire se substituer à lui, car il bouleverserait l'ordre des compétences. Le contrôle ne va pas jusqu'à lui donner ce pouvoir. C'est ainsi que le préfet exerçant les pouvoirs qu'il tient du décret de 1832, ne peut se voir substitué par le ministre. « Les préfets statueront désormais », dit le texte. « Nous admettons volontiers que le pouvoir hiérarchique comporte, outre le droit de réformer ou d'annuler, les décisions prises, celui d'indiquer, de conseiller... nous irions volontiers jusqu'à dire de prescrire les décisions à prendre. Mais il s'arrête certainement là, il ne va pas jusqu'à permettre au ministre de prendre lui-même les décisions aux lieu et place du préfet, de signer par exemple, un arrêté de curage, un règlement d'eau. » (1)

Si les principes de la hiérarchie étaient totalement respectés, la substitution d'action serait possible. Dans la perspective de la hiérarchie, les agents subordonnés n'ont pas de pouvoir de décision propre ; le préfet, lors-

(1) Laferrière, 2^e édit., t. II, p. 511.

qu'il agit comme délégué du pouvoir central, est à proprement parler en dehors de la hiérarchie. (1)

Le Conseil Général n'aurait pas le droit d'empiéter sur les attributions de la commission départementale. Le Conseil d'Etat a annulé pour incompétence, par un arrêt du 16 mai 1884 (commune du Lac), une délibération d'un conseil général interprétant un arrêté de classement de chemins vicinaux aux lieu et place de la commission départementale.

D. POUVOIR DISCIPLINAIRE

Le pouvoir disciplinaire est la sanction des ordres de service et d'autres prescriptions, comme la répression pénale est celle des obligations imposées au public. En général, on admet que le pouvoir disciplinaire sur la personne des fonctionnaires ne résulte pas d'une situation contractuelle mais d'un acte d'une situation légale.

« Le pouvoir disciplinaire a sa source dans l'acte d'autorité créateur du régime légal sous lequel ils sont placés et s'analyse en un droit de puissance publique ». (2)

Généralement les peines disciplinaires visent à mettre le fonctionnaire coupable dans l'impossibilité de nuire. La plus forte sera donc la révocation.

Comme en fait les fonctions publiques sont recher-

(1) Hauriou.

(2) Molliet, p. 223.

chées, on trouvera toujours un remplaçant au fonctionnaire récalcitrant, et finalement les volontés supérieures se réaliseront.

L'obéissance due varie suivant les fonctions. Elle est réduite au minimum pour les juges. Le magistrat ne relève que de sa conscience. On peut lui imposer l'exactitude, mais un jugement, jamais.

Le principe de l'obéissance a été affirmé dans un arrêt de cassation du 15 juin 1882.

Le président d'un Tribunal qui, contrairement aux instructions contenues dans une circulaire ministérielle, a prononcé une allocution à l'occasion de l'installation d'un magistrat, commet une imprudence répréhensible qui le rend passible d'une peine disciplinaire (censure simple), alors même qu'il n'a pas l'intention de protester contre ces instructions. (1)

§ 2. *Exercice du pouvoir hiérarchique*

Les supérieurs useront de leurs prérogatives pour le bien du service. Quel que soit leur zèle, ils n'apercevront peut-être pas d'eux-mêmes tous les abus qu'ils ont à corriger.

Les citoyens pourront les aider dans ce rôle en leur signalant les mesures qu'ils estiment léser leurs droits

(1) Cass., 15 juin 1882. D. 83.1.149.

où leurs intérêts. En répondant aux plaintes des particuliers, l'administrateur ne sortira pas de son rôle.

Sans doute il est saisi, et de ce fait on a parfois voulu argumenter pour soutenir qu'il faisait acte de juge, dans le cas où il tranchait une question contentieuse. Aujourd'hui la théorie qui assimilait dans certains cas le ministre et le préfet à des juges n'a plus qu'un intérêt historique.

Lorsque le pouvoir hiérarchique s'exerce d'office, il a moins d'étendue que sollicité.

En l'absence de recours, l'autorité supérieure ne peut annuler la décision de l'inférieure que si elle est contraire aux lois et règlements (Art. 6 du décret du 25 Mars 1852). Même saisie d'un recours, elle ne peut donc prononcer l'annulation de l'acte qui lui est déféré pour des motifs qui ne lui sont pas soumis. C'est ce que le Conseil d'Etat a affirmé dans l'arrêt Brincard (1^{er} Juillet 1898) (1).

Le préfet, chargé aux termes du décret portant règlement pour l'exploitation des carrières dans le département de Seine-et-Marne, de la police de ces exploitations, a pu légalement ordonner au propriétaire de remblayer une excavation ou à son choix, de réparer un mur qui séparait celle-ci d'un chemin public. C'est à tort que le ministre a supprimé l'alternative « considérant que d'après l'article 6 du décret susvisé du 25 Mars 1852, les

(1) Arr. Cons., 1^{er} juillet 1898, p. 514.

ministres ne peuvent annuler ou réformer les actes des préfets que s'ils sont contraires aux lois et règlements ou ont donné lieu aux réclamations des parties intéressées. »

Le principe qui exige le respect de la décision de l'inférieur s'il n'y a pas illégalité, n'est exprimé par un texte que pour les préfets. Il a été sans hésitation appliqué à d'autres autorités. Dans l'arrêt Wulliet (14 juin 1912) on trouve dit que le Ministre de la Guerre n'a pu annuler la décision d'un général de brigade délivrant légalement une commission à un sous-officier, cette commission ayant créé au profit du sous-officier des droits auxquels il ne pouvait être porté atteinte que dans les formes prescrites par l'art. 67 de la loi du 21 Mars 1905.

C'est en effet dans le respect des droits acquis qu'il faut chercher la raison de l'interdiction d'annuler d'office les décisions légales (1). A été annulé l'acte du ministre de la guerre, par lequel ce dernier avait rapporté la décision d'un général délivrant une commission de sous-officier. « Considérant... que ladite décision a créé au profit du sieur Wulliet des droits auxquels l'autorité supérieure ne pouvait porter atteinte que sous les conditions et dans les formes prescrites par l'art. 67 de la loi du 21 Mars 1905. »

(1) Arr. Cons., 22 déc. 1905, Bonnet, p. 986 ; 14 juin 1912, Wulliet, p. 659.

CHAPITRE III

RÈGLES DU RECOURS HIÉRARCHIQUE (1).

Les règles du recours hiérarchique dérivent de sa nature de recours provoquant un acte administratif, on peut les diviser en règles concernant la recevabilité, les motifs, la procédure, les effets.

§ 1. *Recevabilité du recours*

A. RECEVABILITÉ TENANT A L'ACTE ATTAQUÉ

a) Distinction à faire entre les actes d'autorités hiérarchisées et d'autorités non hiérarchisées.

« Le recours hiérarchique n'est en principe, soumis qu'à une condition, c'est qu'il existe une subordination hiérarchique entre l'autorité publique dont l'acte fait l'objet du recours et celle à qui on demande l'annulation

(1) Bibliographie. Molliet. *Le pouvoir hiérarchique*. Thèse Paris 1909, t. XI.

de cet acte. Lorsque cette subordination n'existe pas, le recours est irrecevable. » (1).

Par application de ce principe, la seule question qu'on ait à se poser pour savoir si le recours est possible, est celle de la subordination de l'autorité contre qui on réclame.

Lorsqu'il s'agit d'agents centralisés, on pourra par des recours successifs, remonter jusqu'au ministre inclusivement. De nombreux arrêts ont affirmé cette possibilité en ce qui concerne le grand Chancelier de la Légion d'honneur (2).

Le préfet, dans l'exercice des attributions à lui conférées par l'art. 149 de la loi municipale et l'art. 27 de la loi du 14 Juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, a pour supérieur hiérarchique le ministre de l'Intérieur. Ce dernier avait dans une affaire, essayé de décliner sa compétence, en disant dans ses observations « que la dépêche ministérielle du 13 décembre 1909, ne constitue pas une décision faisant grief à la ville, attendu que le ministre de l'Intérieur n'est pas juge des litiges qui peuvent s'élever entre les départements et les communes ou les tiers au sujet de la liquidation des créances départementales ». Le Conseil répondit dans l'arrêt Ville

(1) Daresté. *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*. Paris 19 , p. 293.

(2) Loi des 27 avril-25 mai 1791, art. 17.
chard, p. 875 ; 14 novembre 1884, Gisbert, p. 789.

de Reims du 13 décembre 1909 « que dans l'exercice de cette attribution, le préfet est placé sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, et que par suite, la ville est recevable à déférer au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir, tant l'arrêté du préfet que la décision du 13 décembre 1909, par laquelle le ministre a rejeté la réclamation portée devant lui par la ville contre ledit arrêté préfectoral (1).

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de censurer l'attitude du ministre de l'Agriculture qui avait décliné sa compétence en matière d'arrêtés préfectoraux relatifs à la taxation du pain.

Un arrêt du 14 février 1913 (Andrade) (2), a admis implicitement que les délibérations de l'assemblée d'une faculté pouvaient être frappées de recours devant le ministre de l'Instruction publique. Dans l'espèce, le ministre avait rejeté une réclamation contre la délibération de l'assemblée de la faculté des sciences de Besançon. Le Conseil d'Etat n'ayant pas refusé de statuer, semble avoir indiqué que le ministre avait eu raison de se prononcer en tant que supérieur hiérarchique.

Il faut cependant signaler un arrêt du 17 janvier 1913 (Lachaize) (3) qui fait concevoir des doutes au sujet de

(1) Lebon 1913, p. 582.

(2) Ibid., p. 229.

(3) Ibid., p. 81.

la dépendance où se trouvent les recteurs vis-à-vis du ministre de l'Instruction publique.

Le sieur Lachaize demandait l'annulation d'une décision implicite de rejet que le ministre de l'Instruction publique avait opposée à sa demande de retrait du manuel Calvet. Ce manuel figurait sur la liste des livres de classe arrêtée par le recteur, conformément à l'arrêté ministériel du 18 janvier 1887. Le requérant disait « qu'il appartient au ministre soit de faire révoquer l'approbation donnée à la liste départementale des livres propres à être mis en usage dans les écoles primaires, en tant que s'appliquant au manuel Calvet, soit d'intervenir comme supérieur hiérarchique auprès du recteur de l'Université de Lyon et de l'inspecteur d'Académie, pour que ce manuel soit retiré de l'école de Saint-Vincent de Reims ».

Le requérant semblait raisonner correctement et inviter le ministre à faire usage du pouvoir hiérarchique qu'il possède d'après le droit commun. Le Conseil d'Etat a répondu : « Considérant que, s'il appartient au ministre, en vertu de l'art. 4 de la loi du 27 février 1880, de statuer après avis de la section permanente, sur l'interdiction des livres dans toutes les écoles publiques, n l'arrêté précité du 18 janvier 1887, ni aucun autre règlement arrêté en conseil supérieur ne lui reconnaît le droit, soit de modifier la liste définitivement approuvée pour un département par le recteur, soit de prohiber

l'emploi, dans une école déterminée d'un livre régulièrement inscrit sur ladite liste. » L'arrêt fait remarquer ensuite que Lachaize n'a pas employé la procédure de l'article 4 de la loi du 27 février 1880, « qu'il s'est borné à demander, soit de faire révoquer l'approbation, soit de faire retirer ce manuel ».

On pourrait remarquer que le Conseil d'Etat qui généralement admet sans textes, en vertu des principes généraux, le pouvoir hiérarchique, exigerait dans ce cas un texte qui le fondât. « Ni l'arrêté précité... ni aucun autre règlement... ne lui reconnaît le droit ».

Habituellement on admet que le pouvoir hiérarchique est de droit commun, qu'il faut un texte pour y déroger. Logiquement, si le ministre peut statuer après avis de la section permanente, d'après l'article 4 de la loi du 27 février 1880, il devrait pouvoir, comme supérieur hiérarchique du recteur, révoquer l'approbation donnée par ce dernier, et ordonner le retrait du livre. « Cet arrêt implique que ni le recteur ni l'instituteur ne seraient les subordonnés hiérarchiques du ministre. C'est là une solution à laquelle il paraît difficile de se ranger » (1), dit Dareste.

Les actes des autorités non hiérarchisées échappent par définition au recours hiérarchique. A l'égard des autorités locales, les supérieurs, bien que munis géné-

(1) Dareste, p. 294.

ralement des droits d'annulation, ne sont pas aussi bien armés que vis-à-vis des agents centralisés. Les conseils municipaux et généraux, le maire dans une partie de ses attributions, sont soumis à ce pouvoir amoindri qui est dit tutelle.

Il y a des organismes échappant à toute autorité, qui ne sont dominés dans certaines de leurs fonctions par aucun supérieur hiérarchique ou tutélaire. On peut citer comme tels les conseils des facultés dans la fonction spéciale qu'ils exercent lorsqu'ils disposent des sommes provenant des fondations faites au profit des établissements publics qu'ils administrent, les maires, lorsqu'ils nomment les employés communaux, en vertu de l'article 88 de la loi du 5 avril 1884 (1). « Considérant, dit l'arrêt commun de Grabels du 11 avril 1913... que les arrêtés attaqués n'étaient pas de ceux qu'il appartient au préfet d'annuler ou de suspendre par application de l'article 95 de la loi précitée : qu'il suit de là que l'arrêté susvisé du préfet de l'Hérault est entaché d'excès de pouvoir. »

Dans des cas exceptionnels, limitativement déterminés des autorités statuent souverainement. C'est ainsi que le gouverneur de l'Inde française est investi par l'ordonnance du 26 mai 1827 art. 6, et le décret du 18 septembre 1877, art. 2, du pouvoir de statuer souverainement et

(1) Arr. Cons., 26 juin 1908, Requin, p. 687 ; 24 nov. 1911, comm. de Saint-Blamard, p. 1088 ; 11 avril 1913, commune de Grabels, p.

sans recours en matière de caste et de religion. (Arr. Cons. 27 déc. 1907. Rayabrettian.) : « Aucun recours n'est admis soit au contentieux administratif, soit autrement. »

b) *Distinctions à ne pas faire*

Il n'y a pas à distinguer entre les actes collectifs et individuels, les actes autrefois dits de gestion et de puissance publique, quoiqu'on ne conçoive que difficilement un recours hiérarchique contre un acte de gestion tel qu'un contrat « Le recours hiérarchique existe d'une manière générale, en toutes matières », dit Laferrière.

Il est inutile de savoir si l'acte auquel on s'attaque est une manifestation de volonté. Celle-ci et toute autre espèce d'acte est susceptible de recours hiérarchique. « De simples agissements, de simples mesures dommageables mais incapables de produire des effets juridiques sont susceptibles d'être dénoncés au supérieur. » (1). L'exemple de l'agent-voyer détruisant arbitrairement une passerelle jetée sur le fossé d'une route est cité par M. Hauriou (2).

Parmi les manifestations de volonté, certains distinguent les mesures préparatoires et les décisions, et n'ad-

(1) Molliet, p. 153.

(2) Hauriou, 8^e édit. 1914, p. 141.

mettent pas le recours hiérarchique contre les premières. « Cependant, on ne serait pas admis à protester contre toute prétention émise par l'administration » (1), il est vrai que plus loin on trouve la phrase suivante : « Du reste, les règles auxquelles est assujetti... sont surtout théoriques et ne s'imposent pas au supérieur... » Cela revient à dire que le recours sera admis par le supérieur si tel est son bon plaisir, sans avoir égard à de prétendues règles. Il n'y a donc pas de raison de mettre à part les mesures préparatoires. Si en général un recours contre celle-ci échoue, c'est parce que le requérant n'allègue pas un intérêt suffisant à voir disparaître ces mesures. C'est ce que dit M. Molliet, dans la thèse précitée. « Nous avons vu... qu'il fallait attendre au moins un commencement d'exécution. Mais celle-ci peut avoir des conséquences difficilement réparables, et dès lors ne vaut-il pas mieux qu'il n'y soit procédé ? » (2).

Lorsqu'on a affaire à une décision, il n'y a pas à distinguer les actes autrefois dits discrétionnaires et les autres. Cette distinction, abandonnée par la jurisprudence, ne concernait que le recours pour excès de pouvoir. Le refus par un préfet d'agréer un garde-chasse est un de ces actes discrétionnaires, parce que l'autorité qui a à se prononcer le fait d'après sa libre appré-

(2) Ibid, p. 166.

(1) Molliet, p. 153.

clation, sans être limitée par le respect dû à une règle supérieure. On a renoncé à cette classification parce que la liberté de l'agent existe dans tous les actes avec plus ou moins d'intensité, jamais complète et jamais nulle. Malgré les apparences, elle n'est pas complète dans les actes discrétionnaires, puisqu'il y a à respecter les conditions de forme. En tous cas, ces actes comme les autres sont susceptibles de recours hiérarchique.

Il en est de même des actes de gouvernement que la jurisprudence, pour des raisons variées, sous la menace du conflit, disent certains, fait échapper aux recours contentieux. Le refus de protection de la part d'un consul pourrait être attaqué auprès du ministre.

Le recours hiérarchique est possible, non seulement contre les actes positivement accomplis, mais contre les abstentions, ainsi contre le refus d'un préfet de faire un arrêté réglementaire. Le remède au déni d'administration sera moins direct que le remède contre la mauvaise administration. Le supérieur prive d'effet les actes de ses subordonnés, mais il ne peut se substituer à eux. S'il veut les amener à agir, il doit les menacer des sanctions de son pouvoir disciplinaire, et en fait il sera obéi. Il est probable qu'un préfet, sous la menace de la révocation, se décidera à prendre l'arrêté qui lui est suggéré, que le procureur général, sous la même menace, se décidera à mettre en mouvement l'action publique.

B. RECEVABILITÉ TENANT A LA QUALITÉ DE LA PARTIE

Il n'y a aucune condition de capacité exigée pour intenter un recours hiérarchique. Ce dernier, comme en général les pétitions aux pouvoirs publics, peut être introduit par tout le monde. Un mineur, une association dépourvue de la personnalité morale, pourraient donc l'intenter.

En l'absence de textes concernant spécialement le recours hiérarchique, on peut le considérer comme régi par ceux qui concernent les pétitions aux pouvoirs publics. Le droit d'adresser des demandes aux pouvoirs publics a été reconnu par l'article 62 de la loi du 14 décembre 1789, qui autorisait les citoyens actifs à se réunir paisiblement et sans armes, en assemblées particulières, pour rédiger des adresses et pétitions, soit au Corps législatif, soit au roi, sous la condition de ne pouvoir députer que dix citoyens pour apporter et présenter ces pétitions et adresses. La Constitution de 1791, titre I, ne toléra que les pétitions signées individuellement, mais la Déclaration des droits de l'homme revint à un droit de pétition illimité. La loi du 25 vendémiaire an III et la Constitution du 22 frémiaire an VIII le restreignirent en n'admettant plus que les pétitions signées individuellement.

Les Chartes de 1814 et 1830 et l'article 6 de la loi du 22 juillet 1879 ne concernent que les pétitions aux Chambres.

§ 2. *Motifs du recours*

« En général, la réclamation sera fondée sur l'inobservation de la loi pénale civile ou administrative. » (1)

S'il y a eu crime ou délit, les intéressés n'auront pas grand chose à attendre du recours hiérarchique. En saisissant les tribunaux, ils obtiendraient des dommages et intérêts que les supérieurs ne pourraient leur accorder. Tout ce que ce dernier pourrait faire serait de punir l'inférieur de peines disciplinaires. Le fonctionnaire coupable d'un attentat à la liberté individuelle, d'une violation de domicile, pourrait être puni par les tribunaux répressifs et par ses supérieurs cumulativement. Généralement, les victimes ne mettront pas en mouvement le pouvoir hiérarchique, ce qui ne leur procurerait d'autre satisfaction que la vengeance au cas où le coupable serait puni disciplinairement.

Plus fréquemment, il y aura réclamation contre une infraction à la loi civile ou administrative. Dans ce cas, le recours hiérarchique n'aura également qu'un rôle accessoire, puisque des recours contentieux sont ouverts. Ce n'est pas à dire qu'il soit inutilisé. « Il n'a pas les

(1) Molliet, p. 172.

lenteurs inévitables ni tous les inconvénients d'un procès et a parfois des effets bien plus étendus. Il peut aboutir à une réformation tandis que le juge de l'excès de pouvoir n'a pas même la faculté de prescrire les mesures qui seraient la conséquence normale de l'annulation. » (1)

On peut supposer que soit ouverte en même temps que la voie hiérarchique une action en responsabilité contre une personne publique. Il y aura peut-être avantage à user de la voie hiérarchique plus simple qui pourrait aboutir à la réparation de l'acte incriminé. C'est ainsi que les marchandises périssables saisies en douane sont vendues aux enchères et que le prix en demeure consigné jusqu'à ce que la lumière soit faite sur la régularité de l'opération. En s'adressant à l'administration qualifiée, on pourrait obtenir la restitution des marchandises elles-mêmes, ce qui sauvegarderait infiniment mieux les droits du propriétaire, et le rassurerait immédiatement. Le chef de service, grâce à son pouvoir hiérarchique, pourrait ordonner cette restitution.

En général, toutes les fois qu'un fait dommageable a été commis, et que les choses peuvent être remises en état, on aura avantage à essayer d'obtenir à l'amiable la réparation. Le domaine propre du recours hiérarchique est celui de l'inopportunité, car ce recours « est

(1) Molliet, p. 173.

aussi large que possible, il peut porter sur des questions de fait, d'opportunité, aussi bien que sur des questions contentieuses ». (1)

Lorsqu'une telle question est posée, il ne s'agit plus de droit, il s'agit de bonne administration. La loi ne détermine pas complètement la ligne de conduite du fonctionnaire. Celui-ci a une certaine initiative. En se tenant dans les limites de la loi, le fonctionnaire a plusieurs attitudes à choisir. Il adoptera celle qui lui paraîtra le plus conforme au bien du service. « Ainsi lorsqu'une décision inattaquable se heurte à des intérêts légitimes, quand elle ne répond à aucune nécessité présente ou future, les administrés sont encore en droit d'espérer qu'elle ne sera pas maintenue. »

C'est ainsi que le ministre sera libre d'annuler un règlement préfectoral inutile et inopportun.

Il y a entre la hiérarchie et la tutelle de notables différences en ce qui concerne les motifs des recours qu'on peut adresser aux supérieurs (2). Les prérogatives des supérieurs chargés de la tutelle se limitent souvent à la suspension ou l'approbation vis-à-vis des décisions inopportunes.

Lorsqu'il s'agit d'une abstension, le recours hiérarchique est un remède. Deux cas peuvent se présenter :

(1) Laferrière, 2^e éd. T. I, p. 395.

(2) La tutelle tend à n'admettre que les recours qui s'appuient sur la violation de la loi.

on demande une faveur, on demande l'accomplissement d'un acte que la loi ordonne à l'administration d'accomplir.

Lorsqu'on demande une faveur, on ne peut aller plus loin que le recours hiérarchique : tout dépendra du bon vouloir du supérieur ; si l'on proteste contre une abstention illégale, le supérieur n'aura pas le dernier mot. Les citoyens sont maintenant protégés contre le déni d'administration.

§ 3. *Procédure du recours.*

Le recours est introduit par une requête dont la forme est libre. Il n'est soumis qu'à l'exigence d'être présenté sur papier timbré. En pratique, on ne se soumet peut-être pas toujours à cette formalité que ne prescrit aucun texte.

A. AUTORITÉ A QUI IL EST ADRESSÉ

On l'adresse à un agent qui a la qualité d'autorité administrative. Ces agents, sous le régime actuel, sont peu nombreux. Ce sont les maires, sous-préfets, préfets, ministres et leurs délégués, dans le cas où la loi prévoit la délégation des pouvoirs. Il serait inutile de s'adresser à un supérieur qui n'eût pas la qualité d'autorité admi-

nistrative. « Un recours intenté devant tout autre fonctionnaire n'aurait aucune portée en droit sinon en fait. » (1)

Si l'on avait à se plaindre d'un fonctionnaire de l'enseignement, il serait inutile de s'adresser à d'autres qu'au préfet ou au ministre, suivant les cas.

Un recours adressé à un supérieur quelconque de l'agent incriminé, à un recteur par exemple, pourrait en fait aboutir à donner satisfaction au requérant. Celui-ci aurait pu solliciter une punition du fonctionnaire coupable ou des ordres lui enjoignant de modifier sa conduite, et obtenir satisfaction ; dans le cas contraire, il aurait fait une démarche inutile. Il ne pourrait en effet s'adresser à un tribunal, s'il n'a pas obtenu de décision. Or, le pouvoir de décider n'appartient pas à tous les supérieurs, mais dans toutes les hiérarchies on trouve au moins quelqu'un qui le détient, à savoir le ministre.

Il est inutile de prier l'autorité qui a pris une décision de la rapporter, avant de s'adresser à son chef. Le recours hiérarchique n'a pas à être précédé du recours gracieux.

On a parfois soutenu le contraire, mais cette obligation ne repose sur aucun motif juridique ou pratique.

On se pourvoira devant le supérieur compétent muni

(1) Molliet, p. 177.

du droit de décision. Il faudra tenir compte des particularités que peut présenter l'organisation hiérarchique. Le maire relève en principe du préfet et non du sous-préfet lorsqu'il agit comme agent du pouvoir central ; il relève du procureur de la République lorsqu'il agit comme ministère public devant le tribunal de simple police.

On peut se demander s'il est nécessaire de saisir l'autorité immédiatement supérieure.

« Théoriquement, la hiérarchie est de droit public, il ne doit pas y être dérogé. » (1) Cependant, si l'on prend pour raison d'être du pouvoir hiérarchique la responsabilité, celle-ci, qui s'étend à tous les inférieurs, qu'ils soient médiats ou immédiats, devrait permettre le contrôle du chef de service, sans distinguer leur degré. On aboutirait aussi à des conséquences singulières si l'on défendait au ministre par exemple d'annuler l'arrêté d'un maire « car si le préfet... a pris pour base d'une de ses décisions l'acte du maire, elle (cette théorie) conduit à dire que cet acte ne peut être dénoncé au ministre et que le recours hiérarchique se trouve fermé. » (2) Une réclamation ayant été présentée au ministre de l'Intérieur contre l'arrêté d'un maire relatif à la circulation des voitures de remise, et cette réclamation ayant été reje-

(1) Molliet, p. 178.

(2) Molliet, p. 178.

tée, le Conseil ne s'est pas refusé à statuer, admettant que le Ministre était compétent pour annuler s'il l'avait jugé bon l'arrêté ci dessus. (1).

Si l'on n'est pas obligé de suivre l'ordre de la hiérarchie, il faut tenir compte de la séparation des hiérarchies. Il serait inutile de porter à un Ministre une réclamation qui est de la compétence d'un autre.

B. FORME DE LA DÉCISION

Après une instruction sur pièces écrites, la décision intervient. L'usage permet, lorsqu'on saisit un Ministre d'une réclamation ayant un caractère contentieux, de se faire représenter par un avocat au Conseil d'Etat.

La décision n'a pas à être motivée. On a souvent soutenu le contraire en s'appuyant sur le décret du 2 novembre 1864 ainsi conçu : « Les ministres statuent par des décisions spéciales sur les affaires qui peuvent être l'objet d'un recours par la voie contentieuse. » (Art. 6.) M. Aucoc, qui avait assisté à la préparation du décret dans une section administrative soutenait que spéciale voulait dire motivée. Malgré cette opinion il est permis de remarquer que toutes les fois que la loi a entendu parler de décisions motivées, ces mots ont été mis en

(2) Arr. Cons. 9 août 1889. Roblin, Jutier, Givverdun et Cie, p. 959.

propres termes (1). Si en général les motifs sont énoncés ainsi que les textes sur lesquels l'acte s'appuie, leur absence ne serait pas une cause de nullité (2).

La notification sera faite aux intéressés par la voie administrative, dans un délai de quatre mois.

Toutes les voies de recours restent ouvertes contre la décision. On pourra intenter un recours gracieux, un recours hiérarchique nouveau s'il se trouve un supérieur, un recours juridictionnel si le vice relevé n'est pas l'inopportunité.

Les personnes qui peuvent réclamer sont celles qui ont provoqué la première décision du supérieur hiérarchique, et toutes autres qui seraient intéressées.

Lorsque le premier recours a abouti au rejet de la réclamation, le motif n'ayant pas été admis, on ne peut poursuivre l'annulation dudit rejet devant une juridiction qu'en alléguant ce même motif. C'est ainsi qu'un particulier ayant demandé au Conseil général l'annulation d'une délibération de la Commission départementale sans soulever de questions de légalité, est mal venu à reprocher à ce conseil de n'avoir pas statué sur ces questions qui ne lui étaient pas soumises. En conséquence, le Conseil d'Etat a rejeté le recours contre la délibération du Conseil général (3), arguée d'illégalité.

(1) Loi 10 août 1871, art. 49. D. 17 février 1852, art. 22.

(2) Conseil d'Etat, 21 juin 1895, Canes, 2 juillet 1880, Maillard.

(3) Arr. Cons. 27 décembre 1887. D. 89. 3. 13.

Ici, en effet, on poursuivait à la fois l'annulation de l'acte du supérieur et de l'acte du subordonné ; or, la décision du supérieur n'est pas nécessairement viciée à l'égal de celle du subordonné par le seul fait qu'elle ne l'a pas annulée ou réformée.

En ce qui concerne les personnes pouvant réclamer contre la décision du supérieur, il faut en excepter le fonctionnaire dont l'acte a été annulé ou réformé. Il serait très dangereux pour lui de réclamer auprès du chef commun à lui et à l'auteur de l'annulation. Cela pourrait avoir les allures d'un refus d'obéissance et motiver une peine disciplinaire. D'autre part, la jurisprudence du Conseil d'Etat rejetterait un recours pour excès de pouvoir intenté par un subordonné à cause du défaut d'intérêt.

S'il s'agissait de tutelle et non de hiérarchie, l'intérêt serait considéré comme suffisant et les inférieurs pourraient se pourvoir au contentieux.

Il n'y a pas de tierce opposition possible contre une décision qui lèse des droits ou des intérêts. Les tiers qui sont atteints peuvent seulement recourir à l'« autorité mieux informée » qui rapportera son acte au besoin. Il faut observer qu'un acte ne peut être rapporté au préjudice des droits acquis.

§ 4. *Effets du recours*

Le supérieur saisi d'une réclamation est libre de son attitude. Il peut annuler, réformer, confirmer, ne rien dire.

L'acte annulé ou réformé est à considérer comme n'ayant jamais existé. Il y a rétroactivité sous la seule condition de ménager les droits acquis aux tiers. (1)

Que le motif d'annulation ait été l'illégalité ou l'inopportunité, il n'y a pas à distinguer « ce qui est mauvais dans le présent ne saurait être bon dans le passé » (2). Un règlement préfectoral conforme à la loi ayant été annulé par le ministre, les arrêtés du Conseil de Préfecture qui ont prononcé pour le sanctionner des contraventions de grande voirie sont annulables sur appel au Conseil d'Etat.

Si l'on adopte par analogie la solution qui est donnée dans le cas de l'excès de pouvoir, on doit décider que l'annulation par le supérieur hiérarchique fait tomber de plein droit les poursuites engagées par le ministère public pour en assurer la sanction.

« Spécialement, l'annulation ôte toute base légale aux poursuites fondées sur l'acte annulé, à ce point que,

(1) Molliet, p. 182.

(2) Molliet, p. 183.

même intervenue au cours du pourvoi en cassation, elle rend la cassation nécessaire (1).

Si la sanction juridictionnelle d'un acte annulé est impossible, il semble qu'il doive en être de même de la sanction administrative. Celle-ci consiste en ce que, dans certains cas, l'administrateur accomplit certaines voies de fait sans encourir de responsabilité civile ou pénale. L'administration envisagée comme personne publique n'encourt également aucune responsabilité. Ainsi les arrêtés sur la circulation, sur le vagabondage des chiens sont sanctionnés administrativement, c'est-à-dire sans passer par l'intermédiaire du juge. Si l'on suppose l'acte annulé, les sanctions manquent de base et se transforment en atteintes punissables à la personne ou aux biens. Cependant, dans ce cas, il n'y aurait pas rétroactivité. Il y aurait, suivant les cas, faute du fonctionnaire ou de la personne administrative à vouloir faire appliquer un acte annulé après son annulation ; il n'en serait pas de même avant. Il a pu y avoir faute avant l'annulation, dans l'emploi de la sanction, parce que l'acte était illégal, et non parce qu'il a été annulé dans la suite. S'il s'agit d'un acte inopportun, il ne pourra y avoir faute dans l'emploi de la contrainte qu'après l'annulation.

Lorsque l'annulation ou la réformation auront été

(1) Dareste, p. 413.

prononcées, l'autorité administrative ordonnera toutes les mesures en conformité de la décision intervenue. C'est là une supériorité du recours hiérarchique sur le recours pour excès de pouvoir. Après avoir annulé une décision de révocation, le supérieur ordonnera la réintégration du requérant dans les cadres administratifs. Des travaux ayant été exécutés en exécution d'une décision annulée par la suite, pourront être détruits sur l'initiative du chef de service.

Si l'acte incriminé est irréprochable de l'avis du supérieur, celui-ci rejette le recours d'une manière explicite. Le supérieur saisi d'un recours peut ne rien dire. Il n'est pas, comme le juge, obligé de statuer sous peine de sanctions pénales. En pareil cas, l'acte de l'inférieur subsiste.

La décision qui intervient à la suite d'un recours hiérarchique peut, comme tout acte administratif, être rapportée. En pratique, la confirmation peut être suivie d'une annulation, mais l'inverse sera difficile. En général, la réformation ou l'annulation auront engendré un droit acquis au profit des requérants.

Pour n'être pas définitive, la décision d'annulation devrait ne pas avoir fait naître de droits acquis au profit des parties.

DEUXIEME PARTIE

**COMPARAISON DU RECOURS HIERARCHIQUE
ET DES RECOURS CONTENTIEUX**

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRE NON JURIDICTIONNEL DU RECOURS HIÉRARCHIQUE

§1. *Distinction des fonctions administrative et législative
et de la fonction judiciaire.*

On peut, parmi les fonctions de la puissance publique, mettre d'un côté celles qui créent des situations et d'un autre celles qui constatent. Celles qui créent sont les fonctions administrative et législative, celle qui constate est la fonction judiciaire.

« La fonction judiciaire consiste essentiellement à statuer, conformément aux règles de fond et de forme établies par la loi, sur des litiges engagés par les parties intéressées ou par le ministère public ou à prendre les

mesures d'instruction et de procédure nécessaires pour parvenir à leur solution. » (1)

On y range en conséquence non seulement les jugements, sentences, ordonnances et arrêts des tribunaux judiciaires, mais les arrêts de la Cour de Cassation, de la juridiction administrative, de la Haute-Cour de justice.

En ce qui concerne la juridiction administrative, les ministres n'y sont plus compris par la jurisprudence et la doctrine actuelles. Laferrière, dans la première édition de son traité, admettait encore un certain nombre de cas où les ministres statuaient comme juges; ces exceptions ont été abandonnées dans la seconde édition, avec une réserve cependant en matière électorale.

La fonction judiciaire comprend, outre les jugements proprement dits, les mesures d'instruction et de procédure nécessaires pour parvenir à la solution des litiges. En conséquence, la décision par laquelle le ministre de la Justice ordonne ou n'ordonne pas aux procureurs généraux de poursuivre les coupables de délit, rentre dans la fonction judiciaire. « Considérant que la décision par laquelle notre Ministre de la Justice s'est refusé à enjoindre au Procureur général près la Cour impériale de Toulouse d'intenter des poursuites criminelles sur la plainte déposée par la dame Petitpied a été prise

(1) Daresté, p. 53.

dans l'exercice des pouvoirs qui appartiennent à notre dit ministre aux termes de l'art. 274 du C. I. Cr. » (1). La même réponse a été faite par le Conseil d'Etat à un recours contre une autre décision du Ministre de la Justice. Le sieur Souriaud demandant l'annulation d'une décision implicite de rejet par laquelle le Garde des Sceaux s'était refusé à transmettre à la Chambre criminelle de la Cour de Cassation le dossier du requérant, l'arrêt s'est exprimé ainsi : « Considérant que la décision... a été prise en vertu des pouvoirs d'ordre judiciaire que le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, tient de l'art. 444 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 8 juin 1895. » (2) .

Rentre dans la fonction judiciaire la décision du ministre de la Justice se rattachant soit aux conditions d'exécution des peines, soit au régime de la détention préventive. Ainsi en a décidé le Conseil d'Etat dans l'arrêt Foy du 20 décembre 1918 (3) et dans l'arrêt Valette du 23 juillet 1920 (4).

Les actes des commissaires de police, des gendarmes, des préfets sont d'ordre judiciaire dans certains cas. Ces fonctionnaires en effet, en général de l'ordre administratif, sont dans certaines de leurs attributions sous les ordres du Procureur de la République.

(1) Arr. Cons., 26 déc. 1867. Petitpied, p. 963.

(2) Arr. Cons., 20 fév. 1914. Souriaud, p. 240.

(3) Rec. 1918, p. 1156.

(4) Rec. 1920, p. 738.

Les fonctions administrative et législative établissent des règles. La fonction administrative au sens strict établit les règles particulières, l'autre les règles générales. Un acte de concession de mine, bien que réglant des relations de droit entre deux personnes, le concessionnaire et le propriétaire de la surface, est un acte administratif au sens strict parce que statuant sur une espèce particulière (1).

Lorsqu'on distingue les fonctions, il importe peu de savoir à quelle autorité on a affaire. C'est ainsi qu'on doit ranger dans la fonction législative les lois votées par les deux Chambres, les décrets, règlements du Président de la République, les arrêtés de toute espèce. Rentrent au contraire dans la fonction administrative l'acte de concession d'un domaine national, l'autorisation d'un emprunt communal, la délimitation des départements.

Les délimitations entre les fonctions ne sont pas toujours nettes, ainsi lorsqu'une demande d'autorisation « est portée devant un corps constitué judiciairement qui statue dans les formes de la procédure et rend une décision ayant les effets et l'autorité d'un jugement, tout en édictant des dispositions nouvelles, en créant des droits et en s'inspirant des considérations de pur intérêt. » C'est ce qui se passe, notamment, quand les tribunaux font un règlement d'eau, par application de l'article 645

(1) Dareste, p. 43.

du Code civil (1) : « Le pouvoir qu'il leur confère comprend nécessairement celui de déterminer les droits respectifs des riverains, de régler le mode de jouissance des eaux et d'ordonner les ouvrages destinés à garantir aux intéressés le libre exercice de leurs droits. » (2) On voit ici un mélange de la fonction créatrice et de la fonction judiciaire. Cette dernière apparaît aussi « en faisant observer les règlements et usages locaux » dit l'arrêt de Vilmarès du 31 juillet 1907.

Le Conseil d'Etat, lorsqu'il statue en matière d'établissements insalubres, prescrit des conditions à l'autorisation, sans avoir égard aux conclusions des parties et en s'inspirant de l'intérêt général. C'est là une création. L'arrêt dame veuve Martin (26 janvier 1900) (3) énumère les conditions auxquelles la requérante devra se soumettre si elle veut faire fonctionner son établissement.

Les arrêts du Conseil d'Etat en matière de repos hebdomadaire, de concession d'eau aux colonies, de logements insalubres, ont un caractère administratif, car ils créent des règles de droit (arrêt Fischer de Chevrès, 26 mars 1909).

La distinction des fonctions de la puissance publique est plus logique que celle des autorités. Bien que géné-

(1) Darèste, p. 57.

(2) Dalloz 1908, I, 10, notes 1, 2, 3.

(3) Lebon 1900, p. 54.

ralement ces dernières se cantonnent dans leurs attributions, elles empiètent encore sur celles des autres. La confusion qui régnait sous l'Ancien Régime n'existe sans doute plus, mais il est facile de citer des cas où les Chambres exercent la fonction judiciaire (validation des élections), ou les tribunaux exercent une fonction administrative (institution des corps d'agréés, des jurys d'examen pour les traducteurs interprètes).

La fonction judiciaire subsiste peut-être au profit des ministres en certaine matières spéciales telles que les élections des membres des chambres de commerce ou des chambres consultatives d'agriculture. Laferrière, qui admettait une juridiction exceptionnelle en ces matières, a abandonné cette manière de voir dans la seconde édition (tome I, p. 463).

§ 2. *Distinction des jugements*

et des actes administratifs et législatifs.

« Le caractère essentiel du jugement est de reconnaître les droits préexistants, de ne statuer que sur les points dont le juge est régulièrement saisi, de n'apprécier que les faits parvenus à sa connaissance par les voies légales, d'être rendu sur une procédure régulière et spécialement après avoir entendu toutes les parties en cause » (1), d'emporter autorité de chose jugée, de ne

(1) Dareste, p. 60.

pouvoir être retiré par le juge qui l'a rendu, mais seulement frappé des voies de recours déterminées par la loi.

Ces caractères ne se retrouvent pas dans les actes législatifs et administratifs au moins en totalité, car il y a des points de ressemblance qui font qu'une séparation nette est impossible.

A. *Différentes sortes d'actes juridiques*

« Les actes juridiques sont les manifestations de volonté d'individus — gouvernants, agents publics, simples particuliers — en exercice d'un pouvoir légal et en vue de produire un effet de droit. Cet effet de droit est de créer une situation juridique, d'investir un individu d'une situation juridique déjà créée, ou de constater une situation juridique préexistante. »

Créer, investir, constater, telles sont les trois opérations que se propose l'auteur de l'acte juridique. On peut dire en général que si cet auteur est chargé de l'exercice de la fonction judiciaire, il constatera ; s'il est chargé de l'exercice de la fonction législative ou administrative, il créera ou investira.

On peut créer une situation juridique générale ou individuelle. « L'acte législatif ou réglementaire se recon-

(1) Jèze. *Les principes généraux du droit administratif*, 1914, p. 19.

naît à ce qu'il organise, il crée une situation juridique générale, impersonnelle, objective ; il crée, organise un pouvoir juridique impersonnel, objectif : il contient essentiellement une règle de droit, une norme juridique, » (1)

Peu important la qualité de l'auteur de l'acte, les formes, la procédure suivies pour l'accomplir. Il n'y a donc pas lieu de distinguer, au point de vue de leur nature juridique la loi, règle générale et impersonnelle, formulée par les deux Chambres et promulguée par le Président de la République ; le décret loi, règle formulée dans les périodes de dictature par les individus qui se sont proclamés dictateurs, le décret-loi colonial, règle générale applicable à certaines colonies, le règlement simple, le règlement d'administration publique, l'arrêté ministériel en tant qu'il s'agit d'une règle de droit générale formulée par un ministre dans le cas où le ministre a le pouvoir réglementaire.

Les situations individuelles sont créées par des manifestations de volonté qui donnent naissance à un pouvoir individuel. La vente, la donation, le prêt, la condamnation à l'amende, le rôle nominatif d'impôt direct, sont des actes juridiques appartenant à cette catégorie. (2)

L'acte juridictionnel est la manifestation de volonté

(1) Jèze, p. 22

(2) Ibid., p. 23.

qui a pour objet de constater une situation générale ou individuelle ou des faits. « L'essence de l'acte juridictionnel est une constatation de situation juridique ou de faits » (1) Pour que cette constatation soit un acte de juridiction, il faut qu'elle ait force de vérité légale. Dans certains cas il est décidé par le législateur que la constatation opérée par tel individu aura force de vérité légale. Il dépend donc du législateur seul que telle constatation soit ou non un acte juridictionnel.

Il est inutile de s'occuper de l'auteur de l'acte. Ceux des agents publics dont la mission essentielle est d'opérer des constatations avec force de vérité légale ne se bornent pas à ce rôle. Ils font des actes créateurs de situation individuelle. Ainsi les actes de la juridiction gracieuse, mesures conservatoires, provisions *ad litem*, etc., sont des actes accomplis par le juge et qui ne sont pas des actes de juridiction.

D'ordinaire l'acte juridictionnel est accompli d'après certaines formes au premier rang desquelles se trouve la publicité. Sans doute il est désirable que ces formes existent, afin que la vérité constatée se rapproche le plus possible de la vérité réelle. Ces formes cependant n'ont rien d'essentiel. D'une part, on les retrouve dans l'accomplissement d'autres actes qui ne sont pas des actes juridictionnels, d'autre part leur suppression n'a pas transformé la décision disciplinaire en acte juridiction-

(1) Jèze, p. 32.

nel. « La transformation ne sera opérée que lorsque le législateur décidera que l'autorité disciplinaire constate avec force de vérité légale les fautes disciplinaires. » (1)

Lorsqu'on est en présence d'un jugement, à l'acte de juridiction proprement dite s'ajoute souvent une manifestation de volonté de nature différente. Cela fait que le jugement est non pas un acte unique, mais un ensemble d'actes. C'est ainsi que, dans le procès criminel, la constatation de la culpabilité opérée par le jury est suivie de la décision de condamnation prononcée par les magistrats. Cependant, dans l'hypothèse des questions préjudicielles, on aperçoit un juge appelé à faire uniquement une constatation et rien d'autre. C'est ainsi que le juge de l'élection qui éprouve un doute sur la nationalité du candidat dont l'élection est contestée, renverra au Tribunal civil la charge de constater cette nationalité.

Le professeur Duguit voit dans l'acte juridictionnel un syllogisme : « Toute décision juridictionnelle est un syllogisme : la majeure est le rappel de la règle de droit ; la mineure est la constatation soit d'un acte ou d'un fait contraire à cette règle, soit d'une situation de droit née conformément à cette règle, et la conclusion est une décision qui est la conséquence nécessaire et logique de la constatation. » Le juge cependant n'est pas le seul

(1) Jèze, p. 33.

qui ait à raisonner de cette sorte : « Le sous-préfet qui accorde ou refuse un permis de chasse, le maire qui accorde ou refuse un permis d'entrepôt à domicile en matière d'octroi, le préfet qui rend exécutoire le rôle des contributions directes, font aussi des syllogismes : pourtant ils ne font pas des actes de juridiction. » (1)

*B. Reconnaissance par les jugements
de droits préexistants.*

En principe, le juge n'a qu'à constater une situation qui existe déjà. C'est ce qu'on traduit en disant que les jugements ont un effet déclaratif.

C'est ainsi que l'annulation d'une donation en vertu de l'article 1167 du code civil « produit cet effet que la donation a cessé d'exister à partir du jour de la demande, et que le donataire n'étant plus propriétaire, a perdu le droit de disposer, postérieurement à cette date, de l'immeuble donné ou de l'affecter de droits réels (d'une hypothèque dans l'espèce. » (2)

D'autres fois, mais plus rarement, les jugements sont attributifs de droit. Le jugement qui constate une

(1) Jèze. *Les principes généraux du droit administratif*, p. 35, note 1.

(2) Dalloy, 91. II. 123. Demoiselle Duranton c. hérit. Alba.

usurpation de propriété et conserve à chacun le terrain qu'il s'est approprié, moyennant une indemnité à payer par l'usurpateur, n'est déclaratif d'aucun droit, mais est attributif de propriété : il ne saurait en conséquence remonter quant à ses effets au jour où l'usurpation a été commise.

On peut d'une manière plus générale opposer aux jugements qui constatent ceux qui créent une situation nouvelle. C'est ainsi qu'en matière répressive, la peine n'a d'effet que du jour du jugement. Lorsque le juge crée une situation, il ne peut qu'appliquer la loi à une situation préexistante qui lui est soumise suivant des règles dont il ne doit s'écarter. On ne peut nier que ce rôle créateur du juge dans des cas exceptionnels ne ressemble à celui d'un administrateur. Aussi M. Duguit dit-il « qu'on peut et doit voir là un acte administratif » (1). Il est permis de remarquer en tous cas que cette création quand elle a lieu n'est que la suite d'une constatation qui ne fait jamais défaut. Après avoir constaté que le prévenu s'est mis dans la situation indiquée par la loi pénale, le tribunal ordonne qu'il subisse tel châtiment. La séparation de ces deux opérations est visible lorsqu'il s'agit de crimes : le jury recherche si l'accusé est coupable, la cour applique la peine.

(1) Duguit. *Traité de droit constitutionnel*, 1911. « Si cet acte n'est pas un acte administratif, on peut et l'on doit l'assimiler à un acte administratif. »

C. Nécessité de saisir le juge.

Cette nécessité est sanctionnée dans les articles 480 n^{os} 3 et 4 du Code de Procédure Civile qui prévoient la rétractation des jugements contradictoires rendus en premier ressort « s'il a été prononcé sur choses non demandées, s'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé ».

Des textes existent aussi en matière pénale, administrative (loi du 22 juillet 1889 sur la procédure devant les Conseils de préfecture). Un arrêt du 23 novembre 1906 a réformé un arrêté du conseil de préfecture qui avait accordé à un entrepreneur au-delà de sa demande (1).

D. Nécessité de connaître les faits par une voie légale.

Le juge ne peut apprécier que les faits parvenus à sa connaissance par les voies légales. Ceux dont il aurait eu autrement connaissance ne doivent pas être pris en considération. En matière administrative, un arrêté de conseil de préfecture a été annulé comme ayant rejeté une réclamation sur des renseignements recueillis par un de ses membres « sans qu'il ait été pris un arrêté ordonnant une enquête, visite des lieux ou autre mesure d'instruction ». « Considérant que le conseil de préfecture s'est fondé sur des renseignements recueillis par un de ses membres sans avoir au préalable ordonné, par un arrêté avant dire droit, une enquête, une visite des lieux ou tout autre mesure d'instruction. » (2).

(1) Lebon, 1906, p. 852. Ville de Beaume-les-Dames, VIII.

(2) Arr. Cons., 29 avril 1904. Barbier, p. 344.

E. *Exigence d'une procédure.*

Alors que les décisions sont rendues sans procédure déterminée, le juge doit suivre la procédure qui lui est tracée, et spécialement il doit avoir entendu toutes les parties en cause. C'est ce qu'a affirmé la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 15 février 1851. « Considérant qu'il n'y a pas de décision judiciaire possible sans faculté laissée aux plaideurs de présenter leurs moyens de défense. » (1)

Un arrêté du Conseil de préfecture du département de la Marne a été annulé pour défaut de communication au demandeur d'un mémoire en défense, contrairement à l'art. 9 de la loi du 22 juillet 1889 (2).

F. *Autorité de chose jugée.*

« Tout jugement, alors même qu'il serait rendu par un juge incompétent, ou qu'il contiendrait un excès de pouvoir ou une violation de la loi, emporte chose jugée, s'il n'est sujet à aucun recours ou s'il n'a pas été frappé de recours dans les délais légaux. L'illégalité dont peut être entaché un jugement, quelque flagrante qu'elle soit, n'autorise jamais à le considérer comme inexistant, alors même que le juge aurait entrepris sur les attributions de l'autorité législative ou administrative. » (3)

(1) Cour d'Appel de Paris, 13 fév. 1851. D. 51. 2. 78.

(2) Arr. Cons., 6 avril 1895, p. 355.

(3) Dareste, p. 60.

Entre les jugements et les actes créateurs de règles de droit existe cette différence essentielle qu'on n'est jamais autorisé à tenir les premiers pour non avenus. C'est ce qu'on a traduit en disant : « Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements. » La voie de droit ne peut être employée contre les jugements, alors que le juge ordinaire ou administratif statue en écartant « comme non avenus les actes législatifs, réglementaires ou administratifs qui seraient contraires à la solution, quelle que soit d'ailleurs la forme sous laquelle il les écarte » (1). On trouve ce principe affirmé dans un arrêt de Cassation. Une Cour d'appel avait cru pouvoir passer outre à un jugement « Attendu que pour trancher cette question, l'arrêt déclare que l'ordonnance du juge commissaire est radicalement nulle et ne saurait, comme telle, produire aucun effet ; ...attendu qu'en ne tenant ainsi aucun compte d'une ordonnance, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article susvisé. » (2) (C. civ. 1351.)

S'il s'agissait d'un acte créant des règles de droit, le juge serait au contraire dans certains cas autorisé à n'en pas tenir compte. On trouve, il est vrai, peu de textes lui reconnaissant cette faculté. On peut citer l'art. 65 de la loi municipale du 5 avril 1884, aux termes duquel la nullité de droit des délibérations des conseils muni-

(1) Dareste, p. 152.

(2) Cir. cass., 28 fév. 1887. D. 87. 1207.

cipaux peut être « proposée ou opposée » par les parties intéressées à toute époque : il y a aussi l'article 471, n° 15 du code pénal, qui punit les infractions aux règlements « légalement faits ». On conclut de ce dernier article que le juge pouvant vérifier la source de la règle de droit qu'on lui demande d'appliquer, donnera lorsque se présenteront plusieurs actes de la puissance publique subordonnés et contradictoires, la préférence au plus élevé. Cette faculté de vérification a été affirmée plusieurs fois dans la jurisprudence.

Le simple rapprochement de ces arrêts montre qu'on n'est jamais autorisé à tenir un jugement pour inexistant. Au contraire, s'il s'agit d'un acte créateur de règles « celui qui est lésé dans son droit par un acte de cette nature peut considérer cet acte comme nul et inexistant puisqu'illégal, et agir en conséquence : c'est-à-dire, soit faire valoir son droit en justice devant le juge compétent, comme si l'acte en question n'avait jamais été pris, soit enfreindre l'acte illégal ou refuser d'y obéir, et en cas de poursuites, exciper de cette illégalité. »

Ce procédé peut être qualifié de voie de droit (1).

Pour qu'un jugement ait autorité de chose jugée, il faut qu'il ne s'agisse pas d'un acte n'en ayant que l'apparence. C'est ainsi que le défaut de signature du président sur la minute enlèverait toute existence au pré-

(1) Dareste, p. 122.

tendu jugement. En pareil cas, on pourrait passer outre, et le cas échéant, faire constater l'inexistence.

F. Impossibilité de rétracter.

Tout juge, lorsqu'il a statué, est dessaisi et ne peut remplacer de lui-même sa sentence par une autre. Ce principe général s'applique aussi bien aux tribunaux judiciaires qu'aux tribunaux administratifs.

Par exception, des tribunaux de répression sont autorisés à rapporter les décisions qui sont le résultat d'une erreur matérielle dont ils s'aperçoivent immédiatement (1), mais un conseil de préfecture n'aurait pas le droit de se déjuger sous prétexte de rectifier une erreur. Ainsi, un conseil de préfecture ne pourrait allouer à un entrepreneur une somme représentant la rectification d'une erreur (2).

Si le juge ne peut de lui-même rapporter sa décision, il peut être appelé à réviser son jugement dans des cas déterminés et à la suite d'une procédure organisée par la loi. C'est ce qui a lieu dans le cas de la requête civile prévue par l'article 480 du code de procédure civile, du recours en révision contre les décisions contradictoires du Conseil d'Etat, prévu par le décret du 22 juillet 1806, art. 32, du recours intenté par le ministre de la guerre

(1) Dareste, p. 489.

(2) Arr. Cons., 21 fév. 1902. Marty, p. 133.

contre les décisions des conseils de révision. A l'exception de la requête civile qui, dans le cas de violation des formes prescrites à peine de nullité (art. 480, n° 2, du Code de procédure civile) paraît ouverte pour erreur de droit, les voies de recours tendant à la réformation par le juge lui-même sont motivées par des erreurs de fait. Lorsqu'il s'agit de droit, le juge est censé ne jamais se tromper; il n'y aurait aucune raison pour que la deuxième sentence fut moins erronée que la première; lorsqu'il s'agit de fait, le juge est aussi faillible que les autres et est quelquefois obligé de s'en remettre aux lumières de plus compétents, tels que les experts.

Les actes créateurs peuvent être rapportés, réformés par leur auteur, qui n'est limité que par l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits acquis.

CHAPITRE II

COMPARAISON DU RECOURS HIERARCHIQUE ET DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

« C'est incontestablement du recours hiérarchique, tel qu'il était entendu et pratiqué à l'époque révolutionnaire, que provient le recours qui a pris depuis un si grand développement sous le nom de recours pour excès de pouvoir. » (1). A cette époque était poussée jusqu'à l'excès l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des actes administratifs; toute action en responsabilité portée devant un juge était exclue. Le seul moyen de réprimer les excès et abus de pouvoir des autorités était dans la cassation de leurs actes par l'autorité supérieure.

Si la communauté d'origine existe entre le recours hiérarchique et le recours pour excès de pouvoir, ce dernier n'en constitue pas moins une action en justice. Comme tel il doit être introduit par une personne ayant la capacité d'ester en justice et il n'est pas soumis à la règle qui interdit à l'administration de réformer ses

(1) Daresle, p. 305.

décisions ou celles des autorités inférieures au préjudice des droits acquis (1).

§ 1. *Comparaison au point de vue des actes attaqués.*

La jurisprudence du Conseil d'Etat admet les recours contre les décisions des autorités administratives. Pour qu'un acte puisse être déféré au Conseil d'Etat, il faut qu'il réunisse les deux conditions d'être l'œuvre d'une autorité administrative, d'avoir le caractère décisoire. Ces conditions sont nécessaires mais non suffisantes. Ainsi les actes de gouvernement les réunissent, et cependant ils ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

A. *Distinction des actes quant à leurs auteurs.*

a) *Actes émanant des autorités administratives.* —

Le Conseil d'Etat, placé auprès du chef suprême de l'administration, ne voulait connaître que des actes émanant d'autorités comprises dans la hiérarchie administrative. C'est là l'argument de principe. Le texte sur lequel on fonda plus tard le recours pour excès de pouvoir, la loi des 16-24 août 1790 parle des réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, et la loi de 1872 est venue confirmer cette opinion.

Les actes qui ont le caractère administratif au double

(1) Darèste, p. 306.

point de vue de l'autorité qui les émet et de leur nature intrinsèque, c'est-à-dire qui créent une situation juridique individuelle, sont sauf exception sujets au recours pour excès de pouvoir comme au recours hiérarchique. Tel est le cas d'un arrêté préfectoral individuel.

Les actes émanant d'autorités administratives qui créent des situations générales sont susceptibles des deux recours. Il n'y a pas de distinction à faire à ce point de vue. Lorsque la loi de 1872 a été promulguée, il n'était pas d'usage d'entendre par actes législatifs et administratifs des actes généraux et des actes particuliers. D'ailleurs, la loi de 1790 parle des corps et non des actes.

Tous les actes à caractère décisore émanant du Chef de l'Etat, des ministres, des préfets, des organes décentralisés peuvent être argués d'excès de pouvoir.

En ce qui concerne le Chef de l'Etat, il apparut longtemps comme inutile de lui demander l'annulation de ses propres actes. Avant 1848 les recours étaient écartés par de multiples fins de non recevoir. On disait que l'ordonnance visée était inattaquable comme « constituant un acte administratif non susceptible de recours par la voie contentieuse ».

On pouvait dire que le Conseil d'Etat assistait le roi dans son rôle de chef de l'administration afin de rectifier les erreurs des inférieurs, et qu'il ne lui appartenait pas de l'aider à refaire ses propres décisions.

Une procédure spéciale, celle du décret de 1806, était d'ailleurs ouverte contre les ordonnances. C'était en réalité un recours à l'autorité mieux informée.

Si avant 1848 il apparaissait comme fastidieux de demander au chef de l'Etat de se contredire, il n'y avait plus à ce moment de raison pour interdire au Conseil d'Etat investi d'un pouvoir propre d'annuler les actes de la plus haute autorité. C'est ce qu'il fit lorsqu'il statua souverainement. On trouve sous la deuxième et la troisième République des décrets annulés (1). Dans le dernier état de la jurisprudence, il n'existe plus de réserves en ce qui concerne les règlements d'administration publique. Une théorie erronée prétendait que ces règlements étaient rendus en vertu d'une délégation des autorités législatives ; on admet aujourd'hui que la délégation ne se suppose pas et qu'il faut un texte pour l'autoriser. Si cette délégation eût réellement existé, les règlements d'administration publique eussent été intangibles, aucun recours n'existant actuellement contre les actes quels qu'ils soient des autorités législatives.

b) *Actes n'émanant pas des autorités administratives.*

— Les actes qui n'émanent pas des autorités administratives ne sont pas susceptibles de recours pour excès

(1) Arr. Cons., 23 déc. 1842, Fontan, p. 530 ; 27 mai 1863, Drillet de Langoup, 470 ; 13 mars 1867, syndicat de Belleperche, p. 262 ; 30 mai 1873, Burques, p. 490.

de pouvoir. Il y a à cela un argument logique et un argument de textes. Le conseil d'Etat n'avait aucune qualité pour surveiller les autorités non comprises dans la hiérarchie administrative. Les textes sur lesquels on s'est basé après coup ne parlent que de « corps administratifs » et d'autorités.

En conséquence, on n'admet pas des réclamations contre les délibérations d'une chambre syndicale d'agents de change. On ne les admet pas contre les décisions du Parlement, des Chambres, des questeurs, pour la même raison.

Peut-être est-il fâcheux qu'aucun recours ne soit possible contre les actes administratifs en forme de loi. « L'absence de tout recours contre les actes administratifs en forme de loi est un fait d'une importance capitale et malheureusement inaperçue. On a cru sans doute donner de plus sérieuses garanties aux administrés toutes les fois qu'on a exigé pour des actes dont le caractère administratif est manifeste l'intervention du Parlement. Presque toujours on est allé ainsi au rebours de ce qu'on désirait. » (1)

Sans doute on pourrait concevoir un contrôle des actes administratifs du Parlement, et dans une certaine organisation le contrôle de l'autorité législative obligée de se conformer à la Constitution existe. Si le Conseil d'Etat voulait surveiller les Chambres au moins dans

(1) Berthélemy, 7^e édit., p. 964, en note.

leurs attributions administratives, il transgresserait les textes et il irait contre la tradition. Il faut reconnaître que ce qui était impossible au Chef de l'Etat qui n'avait pas la surveillance des autorités législatives serait possible à un organe indépendant de juridiction.

Lorsqu'il s'agit des juges, il faut suivre les mêmes principes pour savoir s'ils sont justiciables du Conseil d'Etat. Tous les actes émanés des fonctionnaires compris dans la hiérarchie judiciaire, que ces actes aient ou non le caractère administratif, échappent au recours pour excès de pouvoir.

Le manque d'autorité hiérarchique du Chef de l'Etat explique que les recours pour excès de pouvoir ne puissent être dirigés contre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire exerçant ou non leurs attributions. Ont été rejetés des recours dirigés contre les actes suivants n'ayant pas le caractère judiciaire : lettre d'un procureur général contenant des observations sur la mauvaise tenue de la comptabilité d'un notaire, décision d'un tribunal portant révocation et remplacement d'un greffier (2). (« Considérant, dit l'arrêt que les questions relatives à l'agrément et au licenciement des commis greffiers dls tribunaux ressortissent à l'autorité judiciaire et que le Conseil d'Etat est incompétent pour en connaître, »), décision d'un juge de paix portant qu'il n'y a pas lieu d'ad-

(1) Arr. Cons., 6 août 1897 ; Richard, p. 627.

(2) Ibid., 29 novembre 1912^e ; Cazeaux, p. 1125.

mettre les agents d'affaires à assister ou représenter les parties aux audiences musulmanes (1) « cet acte n'est pas un des actes administratifs dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître en vertu des dispositions de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 ».

La décision d'un président instituant un concours pour le recrutement des interprètes, acte administratif émanant d'une autorité judiciaire, ne peut être déférée au Conseil d'Etat.

Le caractère intangible des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, même lorsqu'ils ne font pas des actes de leurs fonctions, ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient justiciables du Conseil d'Etat lorsqu'ils opèrent en qualité d'agents compris dans la hiérarchie administrative. Nombreux sont les personnages qui appartiennent aux deux ordres. Il suffit de citer les préfets, maires, commissaires de police. Une jurisprudence ancienne rejetait les recours dirigés contre les nominations de magistrats (2). Un arrêt du 19 décembre 1858 (Ridel), p. 1052 en a admis un. On a considéré que la nomination était un acte accompli comme appartenant à la hiérarchie administrative. Le Conseil d'Etat n'a pas refusé de statuer sur un décret rapportant la nomination d'un juge

(1) Arr. Cons., 6 juin 1913 ; Rosado et autres, p. 626.

(2) Ibid., 20 déc. 1833, Foucault, p. 701 ; 26 juillet 1837, Horliac, p. 347.

de paix (1). Un pourvoi dirigé contre un décret de mise à la retraite a été déclaré recevable (2).

Le ministre de la Justice possède les pouvoirs d'administration inhérents à la fonction ministérielle et à raison desquels il peut relever de la juridiction administrative et les pouvoirs de haute surveillance judiciaire tels que le droit d'injonction (art. 274 C. I. Cr.), qui lui ont fait donner autrefois le nom de Grand Juge. En cette dernière qualité, il n'est pas justiciable du Conseil d'Etat.

Lorsque le recours pour excès de pouvoir est fermé, il n'en est pas de même du recours hiérarchique qui peut être ouvert à l'intérieur de la hiérarchie judiciaire. Sans doute on ne conçoit pas de réclamation auprès du supérieur à propos d'un jugement. « Le magistrat ne relève que de sa conscience : On peut lui imposer l'exactitude, mais un jugement jamais. » (3).

Lorsqu'il ne s'agit pas de jugements, un recours hiérarchique se conçoit. Un procureur de la République refuse-t-il de poursuivre, on peut réclamer en remontant les échelons du ministère public jusqu'au ministre de la Justice inclusivement.

B. *Distinction des actes quant à leur caractère décisive.*

Le Conseil d'Etat ne connaît que des recours contre

(1) Arr. Cons., 23 janv. 1920, p. 93.

(2) Ibid., 26 mars 1920, Brocard, p. 362.

(3) Vivien. **Etudes administratives**, pp. 135 et suiv.

les décisions exécutoires. Lorsqu'il s'agit de recours hiérarchique, on n'a pas à s'occuper de cette distinction.

Le recours pour excès de pouvoir est un recours direct. « Le recours direct, à l'origine et historiquement, est essentiellement un recours gracieux. Il a en effet, pour but et pour effet, de faire tomber un acte de la puissance publique : parfois même de faire substituer un autre acte à l'acte annulé. Il s'attaque, non à une personne ou à une administration publique, mais à un acte, et il en poursuit en général l'annulation absolue, c'est-à-dire non pas seulement par rapport aux intérêts engagés dans un litige déterminé, mais à l'égard de toutes personnes, même non en cause. » (1).

On ne peut faire tomber qu'un acte susceptible d'être détruit. Un fait matériel ne peut être que réparé : on ne saurait l'empêcher d'avoir existé. Au contraire, une manifestation de volonté pourra être privée d'effet par l'intervention d'une volonté plus élevée, celle d'un supérieur hiérarchique ou d'un juge. Il n'y aura donc lieu d'intenter le recours pour excès de pouvoir que contre les actes qui réuniront deux conditions. Ils devront être une manifestation de volonté, cette manifestation devra, si elle n'est pas paralysée, s'imposer aux administrés.

Il apparaît en effet comme contradictoire de priver d'effet une simple prétention qui, par elle-même, ne change rien à la situation préexistante.

(1) Dareste, p. 288.

a) *Actes qui ne sont pas des manifestations de volonté.*

— « Par la force des choses, le recours pour excès de pouvoir ne se conçoit pas aisément contre une voie de fait. » (1).

Le recours hiérarchique, au contraire, est ouvert contre les agissements matériels, ainsi contre l'acte arbitraire d'un agent-voyer détruisant un pont sur le fossé d'une route. Le fait qu'une autorité, après avoir énoncé sa volonté, l'a réalisée, ne fait pas obstacle à ce que soit exercé le recours pour excès de pouvoir. Il n'y a là aucune contradiction, le recours étant dirigé contre la décision. On peut demander l'annulation d'arrêtés prescrivant des battues dans les bois des particuliers lorsque les battues ont eu lieu.

Il restera à voir quelle sera l'influence de l'annulation si elle intervient à l'égard du fait accompli. Il y a là une différence entre les recours quant au résultat, le supérieur hiérarchique pouvant, dans la mesure du possible, ordonner des mesures de réparation.

A été annulée la décision d'un maire prescrivant une sonnerie de cloches alors que cette décision avait été exécutée (2).

b) *Actes qui ne sont pas des décisions.* — Il y a des actes qui sont des manifestations de volonté mais non des décisions. Tels sont les mesures d'instruction, mises

(1) Dareste, p. 319, en note.

(2) Arr. Cons., 8 juillet 1910, p. 567.

en demeure, avis, consultations. Le Conseil d'Etat ne saurait annuler tout cela. Au surplus, il serait contradictoire de priver d'effet une manifestation de volonté qui par elle-même en est dépourvue. Celui qui fait annuler un arrêté de police peut désobéir impunément à cet arrêté; celui qui ferait annuler une mise en demeure n'obtiendrait aucun avantage. Cette mise en demeure ne lui donnait aucun ordre (à moins qu'elle n'ait eu le caractère de décision à terme); sa situation n'était pas modifiée.

Certains prétendent que le recours hiérarchique serait fermé aussi à l'égard du recours pour excès de pouvoir, contre les actes non décisifs. « Cependant on ne serait pas admis à protester contre toute prétention émise par l'administration contre une enquête préalable, des instructions de service n'ayant encore reçu aucune exécution, en un mot contre une manifestation quelconque de volonté. » (1)

Cependant plus loin l'auteur ajoute : « Nous avons vu qu'en principe on n'était pas admis à se pourvoir contre une simple mesure préparatoire, et qu'il fallait attendre au moins un commencement d'exécution. Mais celle-ci peut avoir des conséquences difficilement réparables, et dès lors, ne vaut-il pas mieux qu'il n'y soit pas procédé. » (2)

(1) Molliet. Thèse Paris, 1909.

(2) Grélat, p. 166.

Si le Conseil d'Etat, et le supérieur hiérarchique rejettent les recours contre les mesures préparatoires, c'est parce qu'il est inutile de protester contre des dangers d'exécution qui sont encore à l'état hypothétique. Il vaut mieux cependant, comme le fait remarquer M. Grélat, prévenir le mal que le réparer. S'inspirant de cette idée, le Conseil d'Etat ne rejette pas des recours contre des décisions qui constituent des menaces suffisamment précisées. Evoluant dans un sens libéral, la jurisprudence se prononce sur des décisions qui préjugent une solution ou aiguillent l'affaire dans un sens contraire aux intérêts ou aux droits du requérant. Ont été déclarés recevables les recours contre la décision du directeur des domaines fixant la date de l'inventaire d'une caisse diocésaine de secours (Arr. Cons. 21 déc. 1906. Caisse de secours du diocèse de Gap, p. 942), l'arrêté d'un préfet ordonnant la formation d'une commission syndicale (Arr. Cons. 24 fév. 1911, Wattine Lotthé, p. 228). La fin de non recevoir était même opposé autrefois aux recours contre les arrêtés réglementaires restés à l'état de mesure générale et non appliqués à une personne déterminée. » « Considérant que les articles de l'ordonnance royale (du 2 sept. 1847) contenant règlement de police de cours d'eau non navigables, ne prescrivent que des mesures générales dont l'application ne pourra avoir lieu que conformément aux lois, et qui ne font pas obstacle à ce que, pour contester l'application qui leur

en serait faite, les requérants se pourvoient, s'ils s'y croient fondés, devant l'autorité compétente. »

Lorsqu'il s'agit de recours hiérarchique, le supérieur à qui l'on s'adresse n'étant lié par aucune règle, peut accueillir une réclamation contre une manifestation de volonté qu'il estimera suffisamment menaçante pour l'administré.

C. Distinction des actes de gouvernement et des autres.

La fin de non recevoir tenant au caractère gouvernemental de l'acte attaqué est une conséquence de l'atténuation, puis de la disparition du caractère hiérarchique du recours et de l'apparition progressive du caractère contentieux. Pendant la Révolution, il n'y avait pas à proprement parler, de contentieux ni de juge du contentieux. Les réclamations contre les actes de la puissance publique étaient portées devant le Gouvernement lui-même, c'est-à-dire le Conseil des Ministres tant que dura la Royauté, les comités exécutifs sous la Convention, les ministres, chacun dans son département sous le Directoire. Le gouvernement, libre de ne pas statuer sur les réclamations, pouvait se défendre lui-même. « Il usait évidemment de cette liberté dans les cas où des réclamations auraient gêné sa liberté d'action, mais il n'y avait nul besoin de préciser ces cas, puisque le gouvernement était maître de la situation. » (1).

(1) S. 93. III. 131. Note de M. Haurion sous l'arrêt Vandelet.

Le danger pour l'indépendance du gouvernement ne fit que commencer à apparaître après la réorganisation du Conseil d'Etat en l'an VIII et surtout après la création du comité du contentieux en 1806. Malgré l'insignifiance de ce danger, puisque la justice était retenue, le gouvernement de la Restauration se préoccupa de l'enrayer. Se défiant des traditions du Conseil d'Etat impérial, le roi permit par les ordonnances du 29 juin 1814, art. 7, § 2, et du 19 août 1817, d'évoquer devant le Conseil des Ministres, dit Conseil d'en-haut, « toutes les affaires de l'administration qui se lieraient à des vues d'intérêt général ».

Le droit pour le chef de l'Etat, de s'écarter de l'avis du Conseil, encore consacré par la loi organique de 1845, aurait pu paraître une arme suffisante pour empêcher la discussion des actes de gouvernement. Cependant l'ordonnance où il était fait usage de ce droit devait être motivée ; la publicité des audiences et l'existence d'un ministère public donnaient une certaine valeur à l'opinion du Conseil dont en fait le gouvernement se trouvait obligé de suivre l'avis. Sous le Second Empire, la consultation du Conseil des Ministres était obligatoire au cas où le décret s'écartait du jugement du Conseil d'Etat. La justice retenue devenait une fiction. Comme le disait Dufaure à l'Assemblée nationale, on ne trouve pas un seul décret au contentieux qui se soit écarté de l'opinion du Conseil d'Etat.

Pour ne pas entraver la fonction gouvernementale, la jurisprudence écarte de tout débat certains actes particulièrement graves. Elle le fait d'elle-même et en quelque sorte par respect pour le pouvoir exécutif, disent les uns, sous la menace du conflit, disent les autres.

« Dans notre pensée, dit M. Haurion, et nous croyons que c'est aussi l'opinion de M. Laferrière, la formation de la théorie de l'acte de gouvernement a été une conséquence de cette disparition de la justice retenue. »

Il n'y a pas lieu, comme on le voit par ce qui précède, de fermer le recours hiérarchique contre les actes de gouvernement. Le refus de protection de la part d'un consul serait un acte susceptible de recours hiérarchique au ministre des affaires étrangères.

D. *Distinctions inutiles.*

a) *Décisions exécutoires ou non.* — Pour qu'un acte puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, il faut et il suffit qu'il soit une décision, émanant d'une autorité administrative, ne présentant pas le caractère gouvernemental. Il n'y a pas à se demander si la décision est ou non exécutoire, si elle aurait été classée autrefois dans les actes dits de gestion ou de puissance publique.

« Une décision peut être frappée de recours pour excès de pouvoir, bien qu'elle ne soit pas exécutoire par elle-même, et qu'elle soit subordonnée à l'autorisation de

l'autorité supérieure (1). C'est ainsi qu'une délibération de la commission administrative d'un bureau de bienfaisance peut être déférée au Conseil d'Etat, encore bien qu'elle doive être soumise, en raison de son objet, à l'approbation du préfet. La solution serait autre s'il appartenait à l'autorité supérieure seule de se prononcer. » Dans ce cas, l'acte de l'inférieur ne serait qu'une mesure de préparation qui ne pourrait faire l'objet d'un recours. L'obstacle viendrait dans ce cas du manque de caractère décisoire, et non du manque de caractère exécutoire. La prétendue décision du gouverneur général de l'Algérie refusant la délivrance d'un titre de propriété ne peut être déférée au Conseil d'Etat (2) ; il en est de même des propositions, qui ne sont pas des décisions, en matières de répartition de l'octroi de mer (art. 12 de l'arrêté du 4 novembre 1880) (3), des lettres du Grand Chancelier de la Légion d'Honneur, « qualifiées à tort de décisions ».

En pareil cas, le recours hiérarchique serait seul possible, et il « est moins un recours à proprement parler qu'une requête adressée à l'autorité qui a le droit de statuer pour la mettre en demeure de prendre une décision » (4).

(1) Arr. Cons., 29 avril 1898. Dieuleveult, p. 342, 7 août 1911, Cossec, p. 976.

(2) Arr. Cons. 27 juin 1878. Jumel de Noireterre, p. 587.

(3) Arr. Cons., 12 juillet 1882. Comm. de Philippeville, p. 567.

(4) Dareste, p. 295.

b) *Actes de gestion et de puissance publique.* — Les actes dits de gestion n'étaient pas en général susceptibles de recours. « Considérant que l'arrêté attaqué (retirant la jouissance d'un édifice municipal) constitue un acte de gestion d'une propriété privée de la commune : qu'ainsi les difficultés qu'il peut soulever ne sont pas de la compétence administrative. » (1)

Celui qui contracte avec une personne publique n'a pas évidemment à intenter le recours pour excès de pouvoir. Il n'a qu'à saisir le juge du contrat, comme il ferait s'il avait traité avec un particulier.

En ce qui concerne les tiers qui n'ont pas de juge du contrat à leur disposition, il était illogique de ne pas leur ouvrir l'accès du Conseil d'Etat. C'est ce qui eut lieu en 1906. « Considérant que les contribuables sont personnellement intéressés, que par suite le Ministre de l'Intérieur et le sieur Cognac ne sont pas fondés à soutenir que les sieurs Camut, Besse et Letouzé sont sans qualité.... »

Pendant longtemps la catégorie des actes de gestion a été très abondante, et la jurisprudence rejetait des recours contre des actes qui n'avaient pas le caractère d'une injonction ou d'un acte d'autorité.

C'était une assimilation trop complète entre le recours pour excès de pouvoir et le recours hiérarchique, et un

(1) Arr. Cons., 18 avril 1902. Société fromagère de Champdor, p. 276.

souvenir de la doctrine révolutionnaire qui avait organisé avec soin les réclamations contre les actes de puissance publique devant les corps administratifs eux-mêmes. On ne conçoit que difficilement un recours hiérarchique contre un acte de gestion.

L'imprécision de la délimitation entre les actes de gestion et d'autorité et l'abandon de cette distinction par la doctrine ont déterminé la jurisprudence à ne pas fermer le recours en se basant sur le caractère non autoritaire de l'acte. « La jurisprudence a paru incliner un moment dans le sens d'une distinction entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion, le premier seul pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cette jurisprudence ne trouverait pas de base dans les textes législatifs » (2).

Depuis l'arrêt Lafage, des annulations sont intervenues fréquemment en matière de délibérations, précédant des contrats. Il est vrai que, depuis 1866, les concurrents évincés d'une adjudication étaient admis à exercer le recours (2).

c) *Actes des autorités centralisées et décentralisées.*

— L'opinion de M. Duguit est que les autorités décentralisées doivent être à l'abri du recours pour excès de

(1) Conclusions de M. Pichat sous arr. cons., 8 mars 1912, Lafage, p. 348.

(2) Arr. Cons., 29 nov. 1866, Gris, p. 1085 ; 9 janv. 1868, Servat, p. 12 ; 17 janv. 1913, Cohen, p. 66 ; 9 février 1912, Mauquin, p. 179.

pouvoir. Il reconnaît cependant que l'opinion contraire prévaut en jurisprudence. Si en réalité le recours pour excès de pouvoir est un recours hiérarchique à formes juridictionnelles, ce qui est démontré par l'analyse et l'histoire, il ne devrait être recevable que contre les agents compris dans la hiérarchie. La décision d'un agent décentralisé pouvant être attaquée devant l'autorité chargée du contrôle de tutelle, il apparaît comme inutile d'ouvrir un recours juridictionnel. Il y a cependant des textes qui en parlent (loi du 10 août 1871, art. 88, in fine). « Il ne faut pas, sous couleur de logique et de symétrie, établir une procédure plus compliquée. » (1).

§ 2. *Comparaison au point de vue du requérant.*

« Le recours pour excès de pouvoir étant une voie de recours régulière devant une juridiction, ne peut être formé que par une partie ayant, d'après le droit commun, capacité pour ester en justice. » (2). C'est en quoi il diffère du recours hiérarchique. « Ce point pourrait faire doute si l'on considérait, comme on l'a fait à de certaines époques, le recours pour excès de pouvoir comme un recours suprême au chef de l'Etat, comme une sorte de pétition au souverain siégeant en son conseil, en un mot comme la forme la plus élevée du recours

(1) Jèze. *Traité de droit administratif*, 2^e édit., p. 50.

(2) Daresté, p. 354.

hiérarchique. En effet les pétitions adressées aux pouvoirs publics ou les recours purement administratifs ne sont pas rigoureusement soumis aux mêmes conditions d'aptitude légale que les actions proprement dites : il est dans leur nature d'être plus librement accessibles. » (1)

A. Ce qui rapproche les recours : inutilité d'un droit.

A raison de l'origine hiérarchique du recours pour excès de pouvoir, il n'est pas nécessaire de se prévaloir d'un droit. Le chef de l'Etat n'avait qu'à satisfaire les réclamations raisonnables, et afin d'éviter qu'on ne s'adressât à lui que par caprice, il n'avait qu'à exiger des requérants la preuve d'un intérêt.

Ceux qui sont touchés dans leurs droits ont qualité pour se pourvoir : tels sont le locataire d'un immeuble dont la démolition a été prescrite pour cause de ruine imminente, le propriétaire d'un moulin établi sur une rivière dont un décret autorise une ville à capter les eaux. Il se présente des cas imprécis où les intérêts sont dits imprégnés de droit. Un département ayant alloué sans condition une subvention à une ligne de chemin de fer est recevable à demander l'annulation de la décision ministérielle modifiant le tracé (2). Le décret de délimitation des rivages de la mer peut être attaqué par les

(1) Laferrière, 2^e édit., tome II, p. 434.

(2) Arr. Cons., 22 juillet 1898, Départ. de l'Indre, p. 579.

riverains qui, si le décret était maintenu, seraient privés des avantages inhérents à la situation actuelle de leurs immeubles.

Il y a des cas où il n'est aucunement question de droit. Les concurrents admis à prendre part à une adjudication, bien que n'ayant aucun droit acquis à être proclamés adjudicataires, sont recevables à former un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté approuvant l'adjudication.

B. CE QUI LES ELOIGNE : INTERET D'UNE CERTAINE ESPECE

Dans le recours hiérarchique on se contente d'un intérêt quelconque, dans le recours pour excès de pouvoir, il faut d'après la jurisprudence, un intérêt direct et personnel. « L'autorité administrative se contentera d'un intérêt respectable, matériel ou moral, collectif ou personnel, actuel ou futur » (1), dit M. Molliet à propos du recours hiérarchique.

La jurisprudence du Conseil d'Etat exige que l'intérêt soit muni des deux qualités de direct et personnel. C'est ce qui a été affirmé dans l'arrêt Chenou et autres : « Les sieurs Chenou, Habert (et autres ne justifient d'aucun intérêt direct et personnel » (2).

Laferrière a marqué la différence qui sépare cet inté-

1) Molliet, p. 168.

(2) Conseil d'Etat, 2 mars 1888, D. 89.3.68, note 1.

rêt spécial de l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'administration se renferme dans les bornes de la légalité, lequel peut suffire pour justifier les recours administratifs. « Un tel intérêt peut suffire pour inspirer une pétition aux pouvoirs publics, mais non pour justifier une action devant une juridiction contentieuse ; cette action ne peut se fonder que sur les intérêts propres du réclamant, car les intérêts généraux ont des représentants investis d'un caractère public, auxquels de simples particuliers n'ont pas le droit de se substituer ». (1)

Lorsqu'il s'agit de définir les mots direct et personnel, on se trouve embarrassé. Laferrière les oppose à l'intérêt général et impersonnel. « Mais le recours serait non recevable pour défaut de qualité, si son auteur n'invoquait pas d'autre intérêt que celui du public et de la généralité des habitants ». (2) Le Conseil d'Etat s'étant imposé à lui-même, de n'admettre que les recours où l'intérêt allégué aurait les caractères de personnel et direct, c'est dans ses arrêts qu'il faut chercher ce qu'il entend par là.

Les riverains des voies publiques et des cours d'eau sont qualifiés pour déférer les arrêtés approuvant les alignements, autorisant la prolongation d'une ligne de tramways ou modifiant le système de traction. « Le sieur

(1) Laferrière, 2^e édit., t. II, p. 437.

(2) Ibid., p. 439.

Chevallier, comme propriétaire riverain de l'avenue de l'Asile, a qualité », lit-on dans l'arrêt Chevallier (12 nov. 1909, p. 859). L'arrêt Aucoc du 1^{er} fév. 1907 (p. 125) dit « Considérant que le sieur Aucoc exerce un commerce dans la rue du Quatre-Septembre : qu'il a ainsi un intérêt direct personnel à demander l'annulation de la décision attaquée: » (1)

Les fonctionnaires peuvent attaquer les actes de nomination pris au préjudice de leur rang d'ancienneté, et les actes de nomination aux grades auxquels ils pourraient prétendre. Un arrêt du 10 avril 1908 (Chausson, p. 401), a affirmé qu'il existe dans ce cas un intérêt personnel. Dans un arrêt du 10 décembre 1909 (Lépinay, p. 972), se trouvent ces mots « ont, en qualité de rédacteurs à ladite administration, un intérêt personnel. »

L'intérêt exigé peut être matériel ou moral. L'exécution de la mesure critiquée ne fait pas plus obstacle au recours hiérarchique qu'au recours pour excès de pouvoir. En pareil cas, l'annulation elle-même ne procurera au requérant qu'une satisfaction d'amour-propre.

Lorsqu'il s'agit de recours intentés par des subalternes, il faut distinguer les hiérarchisés et les non-hiérarchisés. Les organes soumis à la tutelle ont qualité pour attaquer les décisions qui portent atteinte à leurs prérogatives. Un maire peut former un recours contre

(1) Arr. Cons., 6 déc. 1912, Jullien, p. 1151.

un arrêté par lequel le préfet est intervenu dans l'exercice du pouvoir disciplinaire sur les agents de police. Les conseils généraux peuvent recourir contre les actes qui atteignent leurs attributions (1).

Tout autre est la situation des agents hiérarchisés. S'ils peuvent certainement critiquer les actes qui touchent à leur situation personnelle tels que nominations et révocations, ils ne peuvent attaquer ceux qui constituent l'exercice du pouvoir hiérarchique sur leurs actes, c'est-à-dire du contrôle. « Mais si la décision du supérieur hiérarchique, au lieu d'atteindre la personne même du fonctionnaire, atteint ses actes, les réforme, les annule, celui-ci n'a aucune qualité pour se pourvoir devant la juridiction contentieuse. Ce n'est pas que le fonctionnaire inférieur ne puisse avoir un certain intérêt à voir tomber la décision qui annulerait illégalement la sienne;.... il (cet intérêt) concerne la fonction et non l'agent qui l'exerce; d'autre part, les principes de la hiérarchie et de la subordination administrative s'opposent à ce que l'inférieur puisse entraver l'action de son supérieur, et lui susciter une opposition devant un juge. » (2)

Les ordres de service paraissent aussi à exclusion du recours pour excès de pouvoir. Un fonctionnaire n'a pas qualité pour déférer au Conseil d'Etat les circulaires

(1) Laferrière, 2^e édit., t. II, page 446.

(2) Arr. Cons., 29 mai 1908, Conseil gén. du Sénégal, p. 576.

ou arrêtés dont il est chargé d'assurer l'exécution (1). Le recours formé par le préfet de la Seine contre une décision du ministre des Travaux publics chargeant le préfet de Seine-et-Marne de prendre certaines décisions concernant la rivière de l'Oureq, alors que le préfet de la Seine revendiquait pour lui-même ce droit de décision a été déclaré non recevable (2).

En général, les recours intentés contre les ordres de service ont été mal accueillis par le Conseil d'Etat. La raison donnée par Laferrière tirée des principes de la hiérarchie et de la subordination n'est pas juridique. D'autre part, l'intérêt était quelquefois incontestable. Les réclamations ont souvent été rejetées, parce qu'autrefois, au cas où il y avait violation de la loi, on exigeait un droit acquis du requérant, mais il est probable qu'on sera à l'avenir moins exigeant.

§ 3. *Comparaison au point de vue des motifs*

A. MOTIFS ADMIS DANS LES DEUX RECOURS

L'article 52 de la Constitution de l'an VIII chargeait le Conseil d'Etat de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. Cette formule vague « autorisait le Conseil d'Etat à définir et à préciser lui-même

(1) Arr. Cons., 27 fév. 1914, Payaud.

(2) Arr. Cons., 6 janv. 1865, préfet de la Seine.

ses attributions » (1). Le premier usage qu'il fit de ses pouvoirs fut de réprimer les empiètements commis par des autorités sur d'autres. Il jouait le rôle d'un supérieur hiérarchique, censurant les actes d'incompétence, ce qui était nécessaire dans une administration centralisée et hiérarchisée où chaque agent devait se limiter dans sa sphère d'action.

Au début, beaucoup d'arrêts ont annulé des actes administratifs qui avaient tranché des questions de propriété ou de droit civil : dès le début, le Conseil d'Etat décide que les administrateurs qui se sont conduits ainsi ont « outrepassé leurs pouvoirs ».

Il convenait en effet de réprimer ces empiètements sur le pouvoir judiciaire (2), sur le pouvoir législatif (3). A l'intérieur de l'administration, il y avait à empêcher l'empiètement de l'autorité supérieure sur l'inférieure (4), de l'inférieure sur la supérieure (5), l'empiètement entre autorités de même rang.

Lorsque des formes sont imposées par des lois et règlements, on doit considérer qu'elles sont prescrites à peine de nullité, c'est-à-dire substantielles, au moins, dit Dareste, lorsqu'elle ont été édictées dans l'intérêt des

(1) Dareste, p. 305, note I.

(2) Arr. Cons., 13 mai 1910, Société d'enseignement libre de Saint-Lô, p. 387 ; 15 nov. 1912, commune de Nohaut-en-Goux, p. 1045.

(3) Arr. Cons., 11 avril 1913, Laugier.

(4) Arr. Cons., 13 déc. 1912, Maire de Maury, p. 1198.

(5) Arr. Cons., 13 mai 1913. Soc. fermière de la voirie de Paris.

tiers. Il n'appartiendrait soi-disant qu'au supérieur hiérarchique, de faire respecter de simples prescriptions d'ordre intérieur. C'est ainsi que pendant longtemps on a considéré que les formes prescrites par des instructions ministérielles ne pouvaient être imposées à peine de nullité (1). En réalité, il ne semble pas qu'il y ait lieu de faire de telles distinctions. Lorsque des formes sont imposées par quelque règle que ce soit, les citoyens doivent pouvoir en obtenir le respect. M. Hauriou range dans sa dernière édition la violation de la loi et la violation des formes dans la même cause d'ouverture. Actuellement, la violation de la loi s'entend de la violation de toute règle générale ou particulière, obligatoire pour l'administration.

Actuellement, il est défendu de violer une circulaire ministérielle prescrivant une règle de fond, sous peine de recours pour excès de pouvoir (2); il devrait en être de même lorsque cette circulaire prescrit une règle de forme.

Il y avait à faire respecter les dispositions légalement obligatoires pour l'administration. La violation de ces dispositions étant une irrégularité moins grave que l'incompétence ou le vice de forme, le besoin de les réprimer s'en faisait moins sentir. Jusqu'en 1864, celui qui ne se

(1) Arr. Cons., 14 déc. 1883, Lacroix.

(2) Arr. Cons., 6 août 1909, Rageot.

plaignait que de la violation de la loi n'avait aucun moyen d'obtenir l'annulation de l'acte. Bien entendu, si un de ses droits était lésé, il pouvait en obtenir le respect par la voie de droit, c'est-à-dire que passant outre à l'acte considéré comme non avenu, il agissait en conséquence, soit par voie d'action ; soit par voie d'exception. Ainsi, celui qui estimait qu'un règlement d'eau portait atteinte à ses droits, pouvait le tenant pour non avenu, se conduire en conséquence et exciper de l'illégalité devant le juge s'il était poursuivi.

Lorsqu'en 1864, on ouvrit le recours direct contre les actes illégaux, afin de faire bénéficier le requérant de la procédure simplifiée de l'excès de pouvoir, on continua à exiger la violation de droits acquis.

Cette sévérité disparut peu à peu. On se contenta d'un droit éventuel (1), puis d'un intérêt. L'arrêt Naves et Tetu du 30 janvier 1914, admet que des rédacteurs de 1^{re} classe, dans un ministère, ont qualité pour déférer au Conseil d'Etat un arrêté qui nomme un expéditionnaire rédacteur de 1^{re} classe, encore bien que cette nomination ne nuise pas à leur rang sur le tableau. Le ministre ayant opposé la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, l'arrêt contredit cette prétention.

Le sous-chef de bureau qui figure en deuxième ligne, à raison de son ancienneté, sur la liste des sous-chefs de

(1) Conseil d'Etat, 8 déc. 1905. *De la Taste*. .

bureau inscrits sur la liste d'aptitude à l'emploi de chef de bureau à l'ancienneté, est fondé à demander l'annulation de l'arrêté du ministre qui le classe au sixième rang. (De Taillandier, 9 février 1917, p. 142).

On peut se demander si un citoyen quelconque aurait qualité pour faire respecter toutes les règles, ou s'il faudra réserver les « simples prescriptions d'ordre intérieur, qui ne confèrent de droit à personne ».

Maintenant que l'exigence du droit a disparu, il ne semble pas qu'il y ait lieu de distinguer. Il n'y a pas de règles qui aient été posées dans l'intérêt de l'administration elle-même, et dont le respect soit assuré par le supérieur hiérarchique selon son bon plaisir. « Le Conseil d'Etat astreint les autorités à subir les premières les règles qu'elles ont posées *« tu patere legem quam fecisti. »* (1)

Le quatrième motif sur lequel peut être fondé le recours pour excès de pouvoir est le détournement de pouvoir. Il a lieu lorsqu'un administrateur « fait usage de ses pouvoirs pour un objet autre que celui que la loi a eu en vue en les lui conférant... (2), mais le détournement de pouvoir consiste le plus généralement dans le but poursuivi ou dans les motifs de la mesure prise. Il y aura donc illégitimité des motifs ou du résultat. »

(1) Haurion, 9^e édit., 1919, p. 506.

(2) Dareste, p. 380.

B. MOTIFS NON ADMIS DANS LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

Le cas du détournement de pouvoir est un de ceux où se trouve imprécise la limite des pouvoirs du juge de l'exces de pouvoir. « Le contrôle du juge du détournement de pouvoir s'arrête nécessairement lorsque l'autorité administrative n'a pas perdu de vue l'objet de ses attributions, et qu'il ne s'agit que d'apprécier en fait l'utilité ou l'opportunité de la mesure prise. Une jurisprudence constante du Conseil d'Etat a toujours, et à juste titre, refusé de se livrer à cet examen qui n'est pas de la fonction du juge (1). Au contraire, le recours hiérarchique « est aussi large que possible, il peut porter sur des questions contentieuses » (2).

Il est quelquefois difficile de savoir où commence la question d'opportunité. L'article 1^{er} du décret du 27 mai 1897 décide que le fonctionnaire admis à faire valoir ses droits à la retraite continue à exercer ses fonctions, sauf trois cas exceptionnels parmi lesquels se trouve l'intérêt du service. Si l'on est admis à discuter cette question d'intérêt, le Conseil d'Etat aura à se prononcer sur l'opportunité.

(1) Dareste, p. 386.

(2) Laferrière, 2^e édit., t. I, p. 395.

Lorsque dans l'arrêté prescrivant la cessation immédiate des fonctions se trouvent les mots « intérêt du service », il y a là une question d'opportunité que le Conseil d'Etat s'interdit de discuter (1).

On pouvait dire, par un raisonnement a contrario, que si l'arrêté n'était pas motivé par l'intérêt du service, on pourrait discuter ce point devant le Conseil d'Etat.

Dans d'autres cas, la question d'opportunité étant nettement posée par le requérant, le rejet ne fait pas le doute. Nombreux sont les exemples, où les recours ont été rejetés, le moyen allégué étant celui de l'inopportunité de la mesure prise. Le Conseil d'Etat a refusé d'apprécier les faits d'insoumission qui ont motivé l'exclusion d'un pensionnaire d'un hospice (Arr. Cons. 2 déc. 1910, Veuve Sevin, p. 869).

Lorsqu'il s'agit de révocation de fonctionnaires, le Conseil d'Etat refuse d'apprécier les motifs de la révocation (Arr. Cons. 29 mars 1901, Fenut, p. 362, 5 août 1901, Lancien). Cela est affirmé dans un grand nombre d'arrêts. « Considérant d'autre part que le sieur Bessières n'établit pas que la mesure dont il a été l'objet, et dont il n'appartient pas à la Juridiction administrative de discuter l'opportunité... » (2)

Des arrêts récents se permettent pourtant d'apprécier

(1) Arr. Cons., 23 nov. 1900, Lenoir, p. 659, 8 avril 1911. Rinieri, p. 454.

(2) Ibid., 6 juin 1913 ; Rosado et autres, p. 626.

les motifs pour déterminer si la décision n'est pas entachée de détournement de pouvoir (1).

On se demande alors si l'autorité a mesuré de son pouvoir en étant inspirée par des motifs illégaux et non si elle en a mesuré, parce qu'elle s'est trompée en fait. Dans l'arrêt Bessières, on aperçoit cette discrimination. Le Conseil d'Etat dit : « il n'appartient pas à la juridiction administrative de discuter l'opportunité », mais la question des motifs est discutée. « Cons. d'autre part, que le sieur Bessières, n'établit pas que la mesure... ait été inspirée par des motifs étrangers à l'intérêt du service public. »

Dans l'arrêt Sambat, du 3 août 1918, les motifs de l'acte d'ailleurs connus sans difficulté sont discutés. Le sieur Sambat demandant l'annulation d'un arrêté par lequel le préfet du Puy-de-Dôme avait prononcé sa mise en congé sans traitement depuis le début de la période électorale ouverte le 14 av. 1914, jusqu'au jour du scrutin de ballottage, pour le motif que ce fonctionnaire était candidat aux élections législatives, il est dit « Considérant que le seul fait pour un fonctionnaire... ne saurait motiver sa mise en congé d'office ».

On peut se demander si la séparation sera toujours nette entre la discussion des motifs illégaux et celle des motifs erronés.

(1) Arr. Cons., 20 déc. 1833, Foucault, p. 701 ; 26 juillet 1837, Horliac, p. 347.

Le Conseil d'Etat a longtemps résisté à l'idée de se prononcer sur l'erreur (1), mais dans l'arrêt Gomel du 4 avril 1914, une décision a été annulée parce qu'elle avait été inspirée par une erreur de fait. Le préfet, en refusant le permis de construire, avait été inspiré par cette idée que la place Bauveau constitue une perspective monumentale.

Le Conseil d'Etat a été d'un avis contraire.

Un recours hiérarchique pourrait être basé aussi bien sur une illégalité que sur une erreur.

§ 4. *Comparaison au point de vue des effets*

Le recours pour excès de pouvoir est un recours direct. Par suite, il ne pourrait aboutir qu'à l'annulation ou à la RÉFORMATION de l'acte, mais la jurisprudence actuelle n'admet que les conclusions tendant à l'annulation.

A. EFFET DIRECT

Annulation totale ou partielle seule possible

« Le recours pour excès de pouvoir a ce caractère particulier qu'il ne peut tendre à autre chose qu'à l'annulation pure et simple de l'acte déféré au Conseil d'Etat. Il n'appartient au Conseil d'Etat, saisi par un recours de cette nature, ni de statuer au fond, ce qui serait con-

(1) Cons. d'Etat, 25 juillet 1890, Auscher ; 21 avril 1899, Brochier ; 18 mars 1910, Hubersen ; 6 août 1915, Prost.

fondre le recours direct avec la voie de droit, ni de substituer une disposition nouvelle à la disposition annulée, ce qui serait faire acte d'administrateur et non de juge ». (1)

En effet, on demande au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir de dire si l'acte est ou non régulier. A cette question il n'y a que deux réponses possibles : l'admission ou le rejet du recours.

Si aujourd'hui les conclusions à fin de réformation sont toujours rejetées, il n'en a pas été de même à l'époque où le Chef de l'Etat qui signait les arrêts préparés par le Conseil, pouvait réformer sa propre décision ou celle de ses inférieurs.

Un arrêt du 16 décembre 1842 (Ville de Troyes, p. 525), statue sur le recours formé par une ville contre l'ordonnance autorisant la perception temporaire de taxes additionnelles au tarif d'octroi, et réforme et modifie cette ordonnance. Un arrêt du 23 décembre 1842 (Fontan, p. 530), rendu sur le recours d'un officier contre une ordonnance fixant son rang d'ancienneté, décide que cet officier prendra rang à une date déterminée. Plus tard, dans des affaires semblables, le Conseil d'Etat renvoyait le requérant devant le ministre compétent, en indiquant les mesures à prendre (Arr. Cons. 26 juill. 1851, Ville de Bourges, 16 février 1854, Ville de Lille, p. 109).

Lorsque l'arrêt ne réforme pas, on trouve quelquefois

(1) Dareste, p. 408.

une promesse de réformation. « Il sera statué ultérieurement par nous, sur le rapport de notre ministre de... sur les prétentions respectives des parties (Arr. Cons. 18 mai 1854, Comm. de Catillon, p. 465).

Il est vrai qu'on trouve des arrêts plus récents qui ne se bornent pas à une annulation.

La substitution d'action interdite même au supérieur hiérarchique serait impossible de la part du Conseil d'Etat. On trouve pourtant des arrêts qui, après avoir annulé des arrêtés préfectoraux, refusant des autorisations à des propriétaires, accordent eux-mêmes cette autorisation ». « Art. 2. La dame Clément est autorisée à réparer le mur latéral dégradé de sa maison à la condition que le mur de face n'en soit pas réconforté. » (1)

Ces arrêts, dit Laferrière (2), sont à considérer comme des arrêts d'espèce destinés à protéger les citoyens contre une administration puissante et à supprimer les causes de mécontentement contre un gouvernement qui voulait être libéral. La date (1869) est une indication du mobile auquel a obéi le rédacteur de l'arrêt.

L'exercice du commandement n'appartient pas au Conseil d'Etat qui rejette les conclusions par lesquelles on le sollicite, de donner un ordre. « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat... d'ordonner les

(1) Arr. Cons., 13 mai 1869, Clément, p. 458.

(2) Laferrière, 2^e édit., t. II, p. 570, note 1.

mesures administratives ». (Arr. Cons. 6 août 1909, Vilar, p 895).

Il y a une jurisprudence très abondante qui se refuse à ordonner les mesures qui sont la conséquence de l'annulation d'une décision. » Sur les conclusions des requêtes n^{os} 44.147 et 45.690 tendant à ce que le Conseil ordonne la réintégration du scieur Fisner sur les contrôles de la police avec effet du jour de sa mise en disponibilité. « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, de prescrire les mesures d'exécution de ses décisions. » (1). Lorsqu'un fonctionnaire révoqué a obtenu l'annulation de la révocation, c'est là tout ce que fait le Conseil d'Etat qui n'ordonne pas sa réintégration sur les contrôles.

Le supérieur hiérarchique au contraire, pourra user de son pouvoir de commandement pour sanctionner une annulation qu'il aura prononcée (2). S'il s'agit d'une protestation contre une saisie en douane par exemple, le chef de service pourra ordonner cette restitution. Il pourra également réformer la décision du subordonné.

L'annulation partielle ressemble à la réformation,

(1) Arr. Cons., 9 janvier 1914, p. 7.

(2) Arr. Cons., 1^{er} août 1913, Paris, p. 952 : « Considérant que... Le ministre de la Guerre a annulé... et qu'il a par la même décision, ordonné la réintégration du requérant sur les contrôles de son régiment. »

mais s'en distingue en ce qu'elle n'introduit aucun élément nouveau et se borne à supprimer.

L'annulation partielle est une mesure qui peut être prise par le Conseil d'Etat, car elle rentre dans les pouvoirs d'un juge. Il arrive ainsi que soient annulées des réserves dans un acte, le reste subsistant. Un arrêt du 23 janvier 1868 (Terravalien), p. 85 déclare « non avenues » les réserves des droits de la ville de Paris, insérées dans un arrêté du préfet de la Seine.

Le plus souvent, l'acte en entier sera annulé, considérant « qu'en raison de leur enchaînement, les dispositions ne peuvent être fractionnées » (1).

B. EFFET INDIRECT

Le recours pour excès de pouvoir n'a qu'une efficacité directe assez restreinte. Si l'acte a été annulé, l'autorité de qui il émane peut le recommencer. Cela n'est pas un cas hypothétique, mais réel. S'il s'agit d'une abstention, le fonctionnaire qui en est coupable peut persister dans son attitude. Un arrêté du préfet du Loiret portant refus de fixer le prix de journée des malades de l'assistance médicale gratuite, ayant été annulé le 17 janvier 1908, un arrêté identique avait été annulé le 24 juin 1910. (2)

Le Conseil d'Etat ne dispose pas de sanctions disci-

(1) Arr. Cons., 1^{er} mai 1896, Boucher d'Argis, p. 351 ; 24 mars 1899, Syndicat des bouchers de Bolbec, p. 241 ; 17 nov. 1899, Cestier, p. 645.

(2) Arr. Cons., 24 juin 1910, p. 494.

plinaires pour se faire obéir ; il est à ce point de vue plus mal placé qu'un supérieur hiérarchique qui pourrait punir disciplinairement un fonctionnaire qui reproduirait un acte annulé ou se refuserait à agir.

Un instituteur est-il révoqué irrégulièrement par le préfet, par exemple sans qu'ait été pris l'avis de la Commission Départementale, il n'est pas complètement protégé, si l'acte a été annulé à la suite d'un recours pour excès de pouvoir. La révocation peut être répétée, et cette fois régulièrement. Au contraire, si l'annulation de l'arrêté préfectoral émane du Ministre, celui-ci trouvera dans ses pouvoirs de commandement les moyens d'empêcher son subordonné de continuer ses errements.

En fait, le recours pour excès de pouvoir a aussi cette autre infériorité sur le recours hiérarchique, qu'il aboutit souvent quand l'exécution est consommée. « Il arrive aussi très fréquemment que le recours pour excès de pouvoir, à raison des lenteurs inévitables de la procédure, ne produise ses effets que tardivement, à un moment où le mal causé est sans remède et où l'annulation reste théorique » (1).

Le recours pour excès de pouvoir, médiocre sous le rapport de l'effet exécutoire direct, produit des effets indirects qui, dans la plupart des cas, donnent satisfaction à son auteur. A ce point de vue, que l'annulation

(1) Dareste, p. 413.

soit prononcée par le Conseil d'Etat ou le supérieur hiérarchique, le résultat est le même. L'acte est à considérer comme n'ayant jamais existé. « En réalité, si elle (la décision), prononce l'annulation, elle ne fait qu'anéantir l'effet de droit de la décision exécutoire qui, ne l'oublions pas, aurait pu être spontanément retirée par son auteur ou aurait pu être annulée par le supérieur hiérarchique ; l'annulation par le Conseil d'Etat produit, en principe, les mêmes effets que le retrait de l'acte, et elle ne doit pas en produire d'autres. » (1)

a) Effets au point de vue des sanctions

L'annulation ôte toute base légale aux sanctions judiciaires ou administratives de l'acte annulé qu'on voudrait faire appliquer. Le juge de répression aurait eu le droit d'examiner la légalité de l'acte qu'on lui demande d'appliquer : l'annulation de cet acte lui enlève cet examen. La question est tranchée par un autre : Si l'annulation intervient au cours du pourvoi en cassation, elle rend la cassation nécessaire. « L'annulation prononcée par l'autorité administrative ou le Conseil d'Etat, ayant un caractère général et absolu, a pour résultat nécessaire d'ôter toute base légale aux poursuites intentées en vertu de l'acte annulé, et d'entraîner la cassation de

(1) Haurion, 8^e édition 1914, p. 466 (3), Crim. Cass., 29 juillet 1864, Layrolle ; 4 juillet 1908, Valette ; 8 février 1912, Coste.

jugements de condamnation même rendus antérieurement, mais non encore définitifs » (1).

On peut citer de nombreux arrêts en ce sens.

C. EFFETS AU POINT DE VUE DES MESURES D'EXECUTION

Par voie de conséquence l'annulation pour excès de pouvoir devrait entraîner celle de tous les actes pris en exécution de l'acte annulé. Cette formule « tombent par voie de conséquence » est celle des arrêts, et montre qu'il est inutile de poursuivre par une action spéciale l'annulation de ces mesures. Il y a du reste des cas où cette annulation directe serait impossible parce que l'acte manquerait d'une condition de recevabilité. Ainsi des arrêtés de mise en demeure déferés en même temps que la décision principale sur laquelle ils s'appuient sont annulés, alors qu'ils ne pourraient l'être séparément (2).

Lorsque serait possible l'annulation séparée de l'acte d'exécution, celle-ci est prononcée en même temps que celle de l'acte général. Ainsi, un arrêté préfectoral qui fait une application particulière d'un arrêté général annulé tombe avec ce dernier, de même un arrêté ministériel appelant à divers emplois un fonctionnaire dont la

(1) Daresté, p. 184.

(2) Arr. Cons., 15 janv. 1904, Fabriques des Eglises de Lorient, p. 19.

nomination a été annulée, un arrêté de cessibilité pris en exécution d'un décret d'expropriation annulé.

Non seulement tombent les actes administratifs, mais les jugements qui ont pour but d'exécuter des actes annulés. Ainsi la Chambre civile casse les jugements d'expropriation rendus en exécution de décrets d'utilité publique annulés par le Conseil d'Etat. « Attendu que la base légale du jugement attaqué étant le décret d'utilité publique, l'annulation de celui-ci par le Conseil d'Etat doit amener, par voie de conséquence, la cassation du jugement qui, en exécution de cet acte, a prononcé l'expropriation des immeubles appartenant au demandeur » (1).

Il y a cette différence entre les actes administratifs d'exécution et les jugements que les premiers peuvent être considérés comme non avenus et pas les autres, car la voie de droit ne peut être employée contre les jugements. Il en résulte qu'il faut employer contre eux le pourvoi en Cassation, et que lorsque ce pourvoi est impossible par suite de l'expiration des délais, le jugement passe en force de chose jugée (2).

Ce peut être un contrat qui a été passé en exécution d'une délibération annulée. Cela aura pour résultat que les parties pourront, devant le juge compétent, se pré-

(1) Civ. cass., 17 juillet 1901, D. 1904. I. 566.

(2) Civ. cass., 27 janv. 1909, Ruel, D., 1909. I. 386.

valoir de cette annulation, mais non de faire tomber le contrat de plein droit.

Des actes matériels ont pu intervenir après la décision annulée. Une occupation temporaire ou une prise de possession, par exemple, ont pu suivre un arrêté d'occupation ou un arrêté déclaratif d'utilité publique postérieurement annulés. L'acte d'exécution est dès lors à considérer comme irrégulier et transformé en voie de fait donnant lieu à une action en indemnité ou à une action possessoire devant les tribunaux civils. On aperçoit ici le caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir. Les décisions de justice étant déclaratives et non attributives de droit, les actes d'exécution sont réputés irréguliers, quelle que soit l'époque à laquelle ils sont intervenus, avant ou après l'annulation.

Si le supérieur hiérarchique avait annulé une décision, les mesures d'exécution postérieures à l'annulation manquant de base, seraient des voies de fait punissables. L'administration ne peut employer la force qu'après avoir annoncé son intention : l'annulation de l'acte aurait pour résultat que la force serait employée sans qu'une manifestation de volonté ait invité les citoyens à obéir. Si la police voulait faire respecter un arrêté municipal annulé par le préfet ou si elle prenait des mesures sans qu'un arrêté les ait précédées, le cas serait le même, il y aurait voie de fait.

En ce qui concerne les mesures d'exécution antérieures

à l'annulation par le supérieur hiérarchique, on ne saurait reprocher à l'administration de les avoir prises. Cette annulation ne les transformera pas en voies de fait punissables. Que la décision ait été ou non annulée par le supérieur, c'est sa conformité à la loi qui fera que l'exécution aura été ou non régulière.

C. CARACTÈRE ABSOLU DE L'EFFET.

« Comme tous les recours directs, le recours pour excès de pouvoir a pour effet d'opérer l'annulation de l'acte attaqué *erga omnes*. » C'est en quoi il diffère essentiellement de la voie de droit et conserve un caractère de recours gracieux (1). Cet effet absolu a lieu dans le recours hiérarchique. « Il s'attaque, non à une personne ou à une administration publique, mais à un acte, et il en poursuit en général l'annulation absolue, c'est-à-dire non pas seulement par rapport aux intérêts engagés dans un litige déterminé, mais à l'égard de toutes personnes, même non en cause. » (2). Si donc l'acte attaqué était un règlement de police municipale, l'annulation profite à tous les habitants de la commune, puisque toutes les poursuites engagées pour contravention tombent de plein droit (3).

(1) Dareste, p. 408.

(2) Dareste, p. 288.

(3) Cass., 25 mars 1882, Dassy.

Il n'était pas douteux que le roi, chef de l'administration générale, pouvait faire disparaître les actes des administrateurs inférieurs. Tant que la décision appartenait au chef de l'Etat, ce résultat s'expliquait facilement.

Lorsqu'en 1848, la justice fut déléguée, il y avait longtemps que la justice retenue était devenue une fiction, l'ordonnance du roi ne s'écartant pas de l'avis du Conseil. La loi de 1849 ne fit que rendre exécutoires les décisions de la section du contentieux, sans nécessité d'aucune intervention du chef de l'Etat. Au surplus, le Conseil ne s'écartait pas de son rôle de tribunal. Il se bornait à une constatation. Il disait que tel acte était ou non conforme à la loi. L'effet absolu du jugement, qu'il rendait, bien que pouvant être rattaché historiquement au rôle du supérieur hiérarchique, n'avait rien d'anormal pour un juge. Lorsque celui-ci prononce une condamnation pénale, déclare la déchéance d'un brevet d'invention, dit l'état ou la capacité d'une personne, le jugement a une autorité absolue.

D. AUTORITE DE CHOSE JUGEE
ATTACHEE A LA CONSTATATION
DE L'ILLEGALITE,

Le requérant qui, dans un recours pour excès de pouvoir, obtient du juge la constatation de l'illégalité d'un acte administratif, bénéficie de l'autorité qui s'attache

aux constatations de la justice. Sans doute il est moins favorisé que celui qui, s'étant adressé au supérieur hiérarchique, voit ordonner les mesures propres à le satisfaire; le Conseil d'Etat se refuse à donner des ordres; par ailleurs, ce qu'il a dit étant réputé la vérité légale s'impose à tous les agents publics.

L'acte juridictionnel est une constatation faite par le juge avec force de vérité légale. Il n'est maintenant pas douteux que le Conseil d'Etat est un tribunal : toute hésitation a disparu depuis la loi du 24 mai 1872.

Il importe que les procès aient une fin. « La règle qui nous semble, *a priori*, dominer toute organisation ou toute hiérarchie judiciaire, c'est que « les procès doivent être jugés ». « Il faut que la lice judiciaire soit, à un moment donné, définitivement fermée, et que le litige soit tranché en fait et en droit. » (1).

« Lorsqu'un juge a fait régulièrement une constatation avec force de vérité légale, il importe à la paix sociale que tout le monde s'incline devant cette constatation : non seulement les particuliers en cause, mais encore les tiers, les autorités publiques, les tribunaux de tout ordre, les agents administratifs. » (2) « Dès qu'un juge a fait une constatation régulière, les autres agents publics doivent tenir cette constatation pour la vérité

(1) Conclusions du commissaire du gouvernement Romieu, arr. Cons., 8 juillet 1914, p. 557.

(2) Jèze, p. 149.

légale, régler leur conduite en conséquence, agir ou s'abstenir d'agir de façon à réaliser et non pas à paralyser l'acte juridictionnel régulier. » (1).

Il y a donc une raison d'ordre social à poser comme principe fondamental la règle de l'autorité absolue de la chose jugée. Si cependant on s'apercevait que la vérité légale n'est pas la vérité réelle, il y aurait danger à vouloir maintenir cette prétendue vérité. Une constatation juridictionnelle de culpabilité faite par le juge répressif est reconnue erronée. En dehors de toute question de justice pour l'individu condamné injustement, la paix sociale exige que le procès soit recommencé. Lorsque le juge a opéré sa constatation avec peu de chances d'erreur en raison de la procédure suivie, il ne faut pas sacrifier le principe fondamental de l'autorité absolue de la chose jugée : ce que le juge a dit sera la vérité pour tout le monde ; au contraire, là où les chances d'erreur sont grandes, il conviendra d'écarter le principe fondamental et de décider que, par exception, la chose jugée n'aura qu'une force relative.

Dans le cas de recours pour excès de pouvoir, l'objet de la constatation est une question de légalité. « Dans les questions de légalité, l'erreur vient surtout du juge, de son ignorance, de son inexpérience... lorsque le juge suprême a prononcé, il est d'intérêt social que l'interprétation donnée à la loi par le juge suprême soit, pour

(1) Jèze, p. 150.

le cas donné, la vérité légale qui s'impose à tous, quelle que soit leur conviction intime : le principe fondamental de l'autorité absolue de la chose jugée doit s'appliquer. » (1).

Ce n'est pas ainsi cependant que la jurisprudence traite la constatation opérée par le juge de l'excès de pouvoir. Contre un arrêt d'annulation la tierce opposition ne sera pas recevable si elle est formée par un requérant ayant un intérêt simple : elle le sera si elle est formée par un requérant ayant un droit. C'est la distinction de Laferrière. « Nous pensons au contraire que cette voie de recours est ouverte à ceux qui satisfont aux conditions requises par le droit commun, c'est-à-dire qui justifient que l'arrêt d'annulation préjudicie à leurs droits », dit Laferrière. D'après l'arrêt Boussuge (29 novembre 1912), la tierce opposition n'est pas en principe, recevable contre un arrêt d'annulation ; mais elle le devient au profit de celui qui invoque un droit. Cette distinction repose sur un argument de textes et un argument de raison. Ces textes sont le décret de 1806 et l'article 474 du Code de Procédure civile, qui accorde le pouvoir de former tierce opposition à ceux qui se prévalent d'un droit. L'argument de raison est celui-ci : un jugement ne peut être opposé à une personne qui n'a pu faire entendre ses moyens de défense.

L'arrêt Boussuge est cependant en contradiction avec le

(1) Jèze, p. 153.

principe fondamental en matière de chose jugée. La chose jugée est la vérité pour tout le monde. Lorsqu'il a été démontré qu'un acte est illégal, un particulier ne devrait pas pouvoir essayer de le faire revivre en ce qui le concerne en formant une tierce opposition. Lorsqu'il s'agit d'apprécier une question de légalité, les chances d'erreur sont faibles, puisque la procédure est conduite par le juge qui entend l'administration et met en cause les intéressés qu'il suppose avoir quelque argument à faire valoir.

La distinction entre le droit et l'intérêt est malaisée. La solution de l'arrêt Boussuge conduirait à des situations inextricables au cas où un règlement annulé comme illégal serait reconnu légal sur la requête du tiers opposant.

« Le règlement sera illégal vis-à-vis de tout le monde, sauf vis-à-vis du tiers opposant. L'administration devra donc le supprimer vis-à-vis de tous, mais le maintenir ou le refaire pour le tiers opposant. » (1).

§ 5. *Comparaison au point de vue des autorités saisies.*

Le recours hiérarchique s'adresse à un administrateur, le recours pour excès de pouvoir à un juge.

La séparation s'est effectuée totalement aujourd'hui.

(1) Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1914, p. 159.

On pourrait dire, si l'on s'en tenait aux textes, que depuis la disparition de la justice retenue, tout caractère hiérarchique a disparu du recours pour excès de pouvoir. Cela est vrai, mais cette disparition, complète à ce moment, avait été précédemment commencée. En effet, progressivement, avaient été adoptées les formes protectrices des plaideurs usitées devant les juridictions et en pratique le gouvernement se conduisait de telle sorte que l'avis du Conseil se transformait en décision.

A. ADOPTION DES FORMES USITEES DEVANT LES JURIDICTIONS

Les lois de l'an VIII n'avaient point créé de procédure. Les affaires étaient soumises au Conseil d'Etat sur un rapport fait par un ministre, et que l'Empereur renvoyait à l'examen de l'une des sections. La section en rendait compte à son tour à l'Assemblée Générale. On voit que les justiciables étaient insuffisamment protégés. Les ministres pouvaient refuser de faire un rapport contre un acte fait ou approuvé par eux. L'instruction et la défense n'étaient point organisées. Souvent aucun avertissement n'était envoyé aux parties privées des décisions rendues à leur égard par l'autorité supérieure. Il n'y avait aucune communication de pièces.

Le décret du 11 juin 1806 créa la commission du contentieux et établit les avocats au Conseil d'Etat,

La commission du contentieux faisait l'instruction et préparait le rapport de toutes les affaires contentieuses sur lesquelles le conseil d'Etat aurait à se prononcer. « Ces fonctions étaient modestes en apparence. Elles furent, en réalité, prédominantes. La centralisation des affaires contentieuses qui résulta de l'établissement de la commission permit d'établir des règles de légalité et d'interprétation des lois fixes et invariables pour toutes les administrations et pour tous les justiciables. » (1). « La commission du contentieux, dit M. de Cormenin, a retiré du gouffre de l'arbitraire la justice administrative. »

Le mode de délibération des arrêts que le roi laissait au Conseil d'Etat le soin de préparer, ne pouvait qu'en diminuer la valeur et l'autorité. Le comité du contentieux rédigeait des avis en forme d'arrêts ou de jugements, lesquels n'étaient définitifs qu'après avoir été rapportés ou délibérés en conseil ou après avoir reçu l'approbation directe du roi. Ce mode de délibération était avec raison critiquable. « Est-il régulier que les ministres aient séance et voix délibérative dans le conseil où le citoyen vient attaquer les décisions qui blessent ses droits? Et lorsque vous fermez à ce citoyen obscur les portes du tribunal, que ne doit-il pas craindre de la présence d'un ministre défendant sa propre cause dans

(1) Béquet. *Répertoire du Droit administratif*, vol. 8, v^o Contentieux, p. 200.

une assemblée de juges amovibles ? Si le ministre est présent, il se défend et se juge lui-même ; s'il est absent, il est défendu, jugé par les membres de son comité, qui sont placés dans son étroite dépendance, qui obéissent presque toujours à ses impulsions, qui ont eux-mêmes préparé la décision attaquée. » (1). Ces paroles sont de M. de Cormenin.

Les ordonnances du 2 février et du 12 mars 1831 établirent pour le Conseil d'Etat statuant au contentieux les débats oraux et la publicité des audiences. Un ministère public, formé de trois maîtres des requêtes, fut institué : on exclut de l'assemblée délibérant au contentieux les conseillers en service extraordinaire appartenant à l'administration active, et les membres des comités ayant pris part à la délibération attaquée. L'ordonnance de 1839 établit, comme sanction des dispositions relatives à la publicité, aux plaidoiries des avocats et aux conclusions des commissaires du roi, le recours en révision pour cause de nullité.

Comme on le voit, peu à peu le Conseil d'Etat avait pris l'aspect d'un tribunal ; il lui manquait encore d'avoir un pouvoir propre.

Le recours pour excès de pouvoir était donc un recours hiérarchique, au fond, puisqu'il était adressé au chef de l'Etat, mais contentieux parce qu'il était instruit sui-

(1) Béquet, p. 209.

vant des formes protectrices des droits des plaideurs. Il allait perdre le caractère hiérarchique quant au fond.

B. POUVOIRS RECIPROQUES DU CONSEIL ET DU CHEF DE L'ETAT

Les avis ne se transformaient en décision qu'après approbation du roi (1). Un projet, présenté en 1837 par M. Barthe, à la Chambre des Députés, proposait de donner au Conseil un pouvoir propre. En 1843 on discuta cette question. La Chambre des Députés se décida à ne pas accorder ce pouvoir au Conseil. L'opposition libérale prétendit « que les décisions rendues au contentieux devaient conserver la forme d'ordonnances, parce qu'elles devaient rester soumises en principe, à l'application de la responsabilité ministérielle » (1).

Il fut cependant décidé que toute ordonnance en matière contentieuse, non conforme à l'avis du Conseil d'Etat, ne pourrait être rendue que de l'avis du Conseil des Ministres, qu'elle devrait être motivée et, en outre, insérée au *Moniteur* et au *Bulletin des Lois*.

Ainsi on consacre la faculté pour le Gouvernement de ne pas sanctionner l'avis du Conseil. Il est probable que jamais on ne s'était trouvé dans ce cas et que jamais on ne fit usage par la suite de ce droit.

(1) Ord. 29 juin 1814, art. 9.

(2) Laferrière, *Traité de la Juridiction administrative*.

En 1839, on se préoccupait de mettre des entraves au pouvoir du gouvernement. On transformait la justice retenue en fiction. La publicité des audiences donnait une certaine valeur morale à l'opinion du Conseil que le Chef de l'Etat se trouvait en quelque sorte obligé de suivre.

En 1848, l'Assemblée Constituante conféra au Conseil un véritable pouvoir de juridiction. Les arrêts, qui n'avaient plus besoin d'aucune homologation, étaient exécutoires par eux-mêmes. Ce pouvoir fut enlevé en 1852. A ce moment, le Conseil d'Etat redevint, en matière administrative, le Conseil du Gouvernement ; son rôle fut le même en matière contentieuse.

Depuis 1872, le Conseil d'Etat statue souverainement. Le recours pour excès de pouvoir s'est donc éloigné du recours hiérarchique. Il n'a plus avec ce dernier cette ressemblance qui consistait à être adressés tous deux à un administrateur.

§6. *Comparaison au point de vue du caractère subsidiaire*

« La condition de recevabilité qui a été la plus discutée et qui paraît bien en effet la plus subtile est celle ...qui est relative à la non-existence d'un recours parallèle. » (1). On peut formuler cette condition en ces termes : « Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable si la partie lésée par un acte administratif illégal peut obtenir satisfaction en exerçant un autre recours,

(1) Cavan, Thèse 1914, vol. 34, p. 15.

dit recours parallèle, devant une juridiction judiciaire ou administrative » (1). On aperçoit, dans l'établissement des centimes additionnels communaux, le fonctionnement de cette règle, dite du recours parallèle. Le Conseil municipal vote ces centimes, le préfet approuve la délibération et dresse un rôle qui a pour objet de mettre une dette à la charge des contribuables. Au point de vue des recours, deux systèmes sont possibles. L'un envisage l'opération dans son ensemble et n'ouvre le recours que contre le point d'aboutissement ; l'autre permet de demander séparément l'annulation de chacun des actes pris individuellement, qui serait irrégulier.

Actuellement, seul est admis par la jurisprudence le système synthétique. Une action en décharge étant ouverte au profit du contribuable devant le Conseil de Préfecture, le Conseil d'Etat lui refuse l'annulation des différentes opérations qui concourent à l'établissement des centimes.

A. MOTIF DE LA REGLE DITE DU RECOURS PARALLELE

Parmi les raisons que donnent pour se justifier les partisans de la règle du recours parallèle, il en est une qui est tirée du caractère soi-disant subsidiaire du recours pour excès de pouvoir.

(1) Dareste, p. 329.

Comme le recours hiérarchique, le recours pour excès de pouvoir, recours direct suivant l'expression de Daresté, aboutit à la disparition de l'acte « *erga omnes* ». D'autre part, la jurisprudence exige un intérêt qu'on qualifie de « direct et personnel ». Entre ces deux termes, il y a contradiction. L'intérêt personnel d'un particulier n'est pas de voir tomber un acte d'une façon absolue, mais de le voir tomber à son égard. Puisque le recours pour excès de pouvoir renferme en lui-même de telles contradictions, il ne sera employé qu'à défaut de mieux, disent les partisans de la thèse du recours parallèle. « Il est quelque chose d'anormal en soi, puisqu'il a pour résultat de faire juger une question de légalité objective par un organe qui, normalement, est un organe de juridiction et doit seulement constater des situations juridiques subjectives préexistantes. L'individu qui introduit le recours pour excès de pouvoir ne fait pas valoir un droit subjectif, et on ne peut pas dire que, pour le sanctionner, il est libre de choisir entre les diverses voies de droit qui lui sont ouvertes. Il joue le rôle en quelque sorte de ministère public tendant à assurer le respect de la loi ; il est rationnel que ce rôle ne lui appartienne que lorsqu'il n'a pas d'autre moyen de protéger ses intérêts contre l'arbitraire administratif. S'il se trouve dans une situation juridique subjective qui lui assure une action proprement dite, cette action protégera suffisamment ses intérêts : il est légitime et logique

qu'il ne lui soit point permis d'agir par la voie du contentieux objectif et de demander une décision sur la question de légalité. Ce caractère subsidiaire attribué par une jurisprudence constante au recours pour excès de pouvoir cadre ainsi parfaitement avec le caractère objectif que nous lui avons reconnu. » (1).

Il semble logique à M. Duguit que « les actions véritablement contentieuses prennent le pas sur ce recours bâtard qui ne peut être qu'un pis aller » (2).

« Le recours pour excès de pouvoir, dit Laferrière, n'est point une sorte d'action publique, d'action populaire que chacun ait mission d'exercer dans l'intérêt de tous : nous savons au contraire qu'il ne peut reposer que sur l'intérêt direct et personnel. Si donc cet intérêt trouve satisfaction dans une action plus personnelle, plus immédiate dans ses effets que le recours pour excès de pouvoir, la partie n'a plus de raison de demander que l'acte disparaisse. Il lui suffit qu'il ne l'atteigne pas, dût-il continuer à atteindre d'autres intéressés moins vigilant. » (3).

Partant l'un de la conception subjective, l'autre de la conception objective du recours pour excès de pouvoir, M. Laferrière et M. Duguit concluent tous deux à son caractère subsidiaire.

(1) Duguit. *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 539.

(2) Cavan, p. 15.

(3) Laferrière, 2^e édit., t. II, p. 479.

« On a pu voir que le recours pour excès de pouvoir était une action par laquelle, primitivement, on demandait au supérieur hiérarchique d'annuler un acte abusif ; cela le confondait en quelque sorte avec le recours gracieux, et il est presque juste de dire que le recours pour excès de pouvoir est un recours gracieux qui a pris forme de pourvoi juridictionnel. Dans ces conditions, il est tout à fait explicable qu'un tel pourvoi n'ait été admis qu'autant qu'il n'y avait, pour obtenir protection, aucun moyen juridictionnel normal. Au temps de la justice retenue, le chef de l'Etat pouvait répondre, « Pour vous défendre contre tel acte qui me sera déféré, vous avez à votre disposition tel moyen, tel recours, telle action. Si le requérant obtenait satisfaction par un autre procédé, son intérêt était sauf ; si on ne lui donnait pas raison, il n'avait aucune raison de s'adresser ailleurs. » (1).

C'est en effet à l'époque de la justice retenue qu'a pris naissance la fin de non recevoir tirée du recours parallèle, laquelle subsista par la suite.

Le raisonnement qui sert de base à la théorie, fondé sur l'antinomie entre l'intérêt personnel et l'effet absolu n'est pas sans donner prise à critique.

Le but du recours n'est pas la satisfaction de l'intérêt personnel, mais de l'intérêt public, et cet intérêt exige la disparition totale de l'acte. Le requérant, comme il a

(1) Berthélemy, 7^e édit., p. 967.

été dit, joue le rôle de ministère public. Si de sa part on exige un intérêt personnel, c'est afin d'être sûr qu'il agit sérieusement.

B. APPLICATIONS DE LA REGLE DITE DU RECOURS PARALLELE

Plusieurs sortes de recours mettent obstacle à l'exercice du recours pour excès de pouvoir. Ce peut être la voie de droit, ou d'autres recours directs.

a) *Voie de droit.*

Puisque le recours pour excès de pouvoir est contradictoire en lui-même, on lui préférera, toutes les fois qu'elle existe, la voie de droit, qui ne renferme pas de telles contradictions. Poursuivant la réalisation de son droit subjectif, le réclamant ne demande qu'à voir considérer l'acte incriminé comme non venu à son égard. « En principe, lorsque plus d'une voie de recours est ouverte, il existe entre les divers recours un ordre de hiérarchie, en ce sens que le recours direct ne peut être exercé qu'à défaut de la voie de droit. » (1). Si un acte est à considérer comme non venu, « il est inutile et même contradictoire de le faire annuler. » (2).

Ainsi, le fonctionnaire lésé par des décisions abusives

(1) Dareste, p. 125.

(2) Ibid., p. 330.

relatives à son traitement, saisira le juge compétent et lui demandera de réaliser le droit qu'il prétend avoir, comme si ces décisions n'existaient pas.

b) *Autres recours directs.*

Laferrière affirme, sans y insister, que le recours pour excès de pouvoir n'est écarté que par un recours juridictionnel. « Enfin le recours... qui fait obstacle au recours pour excès de pouvoir ne doit s'entendre que d'un recours de nature contentieuse, d'une action devant un tribunal judiciaire ou administratif. » (1).

« Le recours pour excès de pouvoir est même subsidiaire aux autres recours directs. » (2).

On peut observer que le recours pour abus empêchait autrefois le recours pour excès de pouvoir (3), qu'il en est de même actuellement du recours organisé devant le préfet contre les délibérations des conseils municipaux (4).

Le recours organisé par l'article 13 de la loi du 15 février 1902 devant le Conseil de préfecture contre les arrêtés du maire en matière de logement insalubre, fait obstacle au recours pour excès de pouvoir.

On ne saurait, lorsqu'il s'agit de recours directs,

(1) Laferrière, 2^e édit., t. II, p. 481.

(2) Dareste, p. 125.

(3) Arr. Cons., 23 mai 1879. Evêque de Fréjus, p. 407.

(4) Arr. Cons., 1^{er} avril 1898, Pillon de Saint-Philbert, p. 272 ; 23 janv. 1920, abbé Barraud, p. 75.

motiver la règle du recours parallèle, sur l'antinomie entre l'intérêt personnel et l'effet absolu. Cet effet absolu est aussi produit par l'autre recours direct qui met obstacle au recours pour excès de pouvoir. Il s'agit de savoir si la loi qui a organisé un autre recours a entendu en même temps interdire le recours pour excès de pouvoir.

Lorsque le recours spécial institué par la loi est aussi largement ouvert que l'autre, on peut présumer que la loi a entendu qu'on se servirait seulement de celui qu'elle ouvre.

En matière électorale, des recours spéciaux sont institués qui donnent aux intéressés une satisfaction équivalente à celle qu'ils obtiendraient par le recours pour excès de pouvoir. Ce dernier est donc fermé (1).

En matière de délibérations du Conseil municipal, d'établissements insalubres, la même solution semble à donner.

En matière d'occupation temporaire, seuls les propriétaires menacés peuvent exercer la procédure prévue à l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Il y aurait donc lieu de ne pas fermer la voie de l'excès de pouvoir aux autres intéressés, et aux propriétaires eux-mêmes, afin de les favoriser autant que les autres. Ce n'est pas l'avis de la jurisprudence, qui se prononce identique-

(1) Arr. Cons., 14 mai 1920. Election de Semur-en-Brionnais, p. 491.

ment ne en matière d'assainissement des immeubles particuliers (1).

En principe, le recours hiérarchique ne fait pas obstacle au recours pour excès de pouvoir. La jurisprudence est maintenant fixée en ce sens que la faculté de déférer la décision de l'inférieur au supérieur suivant les principes généraux n'empêche pas de les déférer directement au Conseil d'Etat.

Peuvent faire l'objet d'un recours *omisso medio* l'arrêté d'un gouverneur autorisant l'acceptation d'un legs (2), l'arrêté d'un maire interdisant la circulation des voitures, l'arrêté du préfet de police réglant la circulation des chiens.

Les auteurs ont affirmé que le recours hiérarchique n'était pas au nombre des recours qui ferment la voie de l'excès de pouvoir. « Il en est autrement du recours hiérarchique qui, en principe et sauf exceptions résultant de la loi, ne fait jamais obstacle au recours pour excès de pouvoir, par la raison déterminante que ce recours s'exerce *omisso medio*, c'est-à-dire qu'il a pour caractère essentiel et distinct de laisser de côté toute hiérarchie. » (3)

Après avoir dit que le recours pour excès de pouvoir est subsidiaire aux autres recours directs, Dareste ajoute : « sauf le recours hiérarchique » (4). Laferrière

(1) Arr. Cons., 24 juin 1892. D. P., 93. 3. 98 ; 6 août 1912, Dalbenné, p. 968.

(2) Arr. Cons., 13 juin 1913. Castillon du Perron.

(3) Dareste, p. 337.

(4) Dareste, p. 125.

excepte des recours dits parallèles « un simple recours hiérarchique devant l'autorité supérieure. » (1)

La jurisprudence repousse les recours *omisso medio* lorsque la loi a organisé un recours hiérarchique préalable. Puisque ce dernier recours existe en vertu des principes généraux, il était inutile que la loi en parlât spécialement, sinon pour qu'on s'en servît à l'exclusion de tout autre. On doit donc déférer au Ministre l'arrêté préfectoral fixant le traitement du receveur d'une commune (art. 4, décret du 27 juin 1876 (2), la décision de l'administrateur de l'Inscription maritime annulant le temps de service d'un inscrit (3), l'arrêté du préfet prévu par l'art. 13 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (4).

Après hésitations, le Conseil d'Etat a décidé que le recours pour excès de pouvoir était fermé lorsqu'il s'agissait d'arrêtés préfectoraux créant des associations syndicales, contre lesquelles est ouvert un recours spécial. L'article 13 de la loi du 21 juin 1865 prévoit que l'arrêté peut être déféré par les propriétaires intéressés et par les tiers « au ministre des Travaux publics dans le délai d'un mois à partir de l'affiche; le recours est déposé à la préfecture et transmis, avec le dossier, au ministre,

(1) Laferrière, 2^e édit., t. II, p. 481.

(2) Arr. Cons., 8 mars 1912, commune de Tronget, p. 419.

(3) Arr. Cons., 30 mai 1912, Heilman.

(4) Arr. Cons., 8 avril 1911, Fabre, p. 477.

dans le délai de quinze jours ; il est statué par un décret rendu en Conseil d'Etat ». Tel est le recours dont M. Aucoc disait : « Du reste, ce recours par la voie hiérarchique ne fait pas obstacle au recours qui pourrait être formé devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir contre l'arrêté du préfet et le décret présidentiel lui-même. » (1)

Si la loi n'avait rien dit, on eût porté la réclamation au ministre. Ici on donne au Chef de l'Etat la mission de contrôle qu'il ne possède pas en général. Il se conduit comme un supérieur hiérarchique.

Après avoir décidé que ce recours spécial ne fermait pas le recours en annulation (2), le Conseil d'Etat s'est déjugé (3). Aussi peut-on dire : « Encore de nos jours, le Conseil d'Etat ne paraît pas complètement déterminé à éliminer les recours hiérarchiques comme fins de non-recevoir du recours pour excès de pouvoir. On trouve un exemple relativement récent des hésitations assez surprenantes du haut tribunal administratif dans la matière de la constitution des associations syndicales de propriétaires. » (4) « Par l'effet de ce recours, l'arrêté du préfet de Maine-et-Loire n'a pas acquis le caractère d'une décision définitive, et que dès lors, le recours tendant à

(1) Aucoc, *Conférences*, 3^e édit., t. II, p. 671.

(2) Arr. Cons., 6 juin 1879, de Vilars, p. 463.

(3) Arr. Cons., 22 nov. 1907, Commune de Saint-Jean de la Croix, p. 844.

(4) Cavan, p. 23.

en faire prononcer l'annulation pour excès de pouvoir n'est pas recevable en l'état » (1), dit un arrêté du 22 novembre 1907 en parlant du recours administratif au Chef de l'Etat qu'il considère comme faisant obstacle au recours pour excès de pouvoir.

§ 7. *Comparaison au point de vue des formes et délais.*

Le supérieur hiérarchique à qui l'on défère l'acte d'un subordonné est libre de son action, quelles que soient les formes dans lesquelles le recours est présenté et quels que soient les délais écoulés depuis l'acte incriminé.

Considérant le recours pour excès de pouvoir comme une variété du recours hiérarchique, une partie de la doctrine ne voulait pas à l'époque de la justice retenue, qu'on appliquât la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté du pourvoi. C'était l'opinion de M. de Cormenin, en cas de recours *omisso medio*. Il y avait cependant l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, qui disait : « Le recours au Conseil d'Etat contre la décision d'une autorité qui y ressortit ne sera pas recevable après trois mois du jour où cette décision aura été notifiée. » Ce texte ne visait pas spécialement l'excès de pouvoir, mais vu la généralité des termes, il semble qu'il aurait dû s'y appliquer. C'est ce qu'a décidé l'ordonnance Fermy de Saint-Martin du 1^{er} juillet 1839. Jusqu'en 1848, on trouve des arrêts dans les deux sens.

(1) Arr. Cons., 22 nov. 1907, p. 844.

A partir de ce moment, la justice déléguée étant substituée à la justice retenue, il n'y avait plus lieu de se préoccuper de l'aspect hiérarchique, obstacle à la fin de non-recevoir. En effet, dans l'affaire Corbon (1), le commissaire du gouvernement, qui tenait pour la déchéance, fit adopter son opinion.

En 1862, la justice étant de nouveau retenue, la question semblait à résoudre. Il semblait irrévérencieux, comme l'on disait, de limiter par de froids calculs l'action du souverain, à une époque où le recours apparaissait comme une soupape de sûreté (2), et où on le comparait au droit de pétition. « Il y a donc déchéance aux termes de l'article 11 du décret de 1806, pourvu que l'article 11 du décret de 1806 soit applicable au recours formé directement pour excès de pouvoir. La question est délicate, nous le reconnaissons, très débattue, nous le vons, et votre jurisprudence ne l'a jamais explicitement tranchée. M. de Cormenin tient que le délai n'est pas opposable au recours pour excès de pouvoir contre un arrêté préfectoral. Sa raison de décider ainsi est puisée dans le texte même de l'article 11, lequel parle seulement du recours au Conseil d'Etat contre la décision d'une autorité qui y ressortit. Le préfet, dit-il, n'est pas une autorité qui ressortisse au Conseil d'Etat. L'honorable président du Conseil de votre barreau (M. Dufour)

(1) Arr. Cons., 1849, p. 336.

(2) Arr. Cons., 13 mars 1867.

se prononce dans le même sens, mais non pour la même raison. Il fait valoir qu'il y a un intérêt majeur et d'ordre public à ce que votre juridiction supérieure puisse en tout temps réprimer les excès de pouvoir... cependant le texte me paraît très absolu... S'il y a un intérêt d'ordre public à ce que les excès de pouvoir puissent toujours être réprimés, il y a un intérêt d'ordre public aussi à ce que les situations faites et acceptées par les parties depuis longtemps ne puissent être éternellement dérangées sur la provocation de l'une d'elles. Et si le recours est toujours ouvert devant le supérieur hiérarchique, tant mieux ! car là est le remède extrême contre la perpétuité d'un excès de pouvoir qui serait trop ancien. Quant à la jurisprudence, nous n'en avons trouvé aucun monument qui fût explicite. Plusieurs fois seulement, nous nous empressons de le reconnaître, vous avez statué au fond sur des recours auxquels la forclusion aurait dû être opposée. » (1).

La jurisprudence est maintenant fixée en ce sens que la déchéance résultant de la tardiveté du pourvoi peut toujours être opposée.

Des formes sont imposées au recours pour excès de pouvoir, mais en raison du rôle public joué par le requérant, on le dispense depuis le décret du

(1) Conclusions du commissaire du gouvernement l'Hôpital, sous l'affaire Ville de Châlons, arr. Cons. 1862, p. 234.

2 novembre 1864 du ministère d'avocat. Ce n'est pas à dire qu'auparavant la règle qui imposait cette forme ait toujours été respectée dans la pratique. « Avant que le décret du 2 novembre 1864 eût dispensé d'une manière générale le recours pour excès de pouvoir du ministère d'un avocat au Conseil d'Etat, n'était-il pas arrivé que la règle du décret du 22 juillet 1806 qui rend ce ministère obligatoire dans les affaires contentieuses, eût été laissée quelquefois de côté, le recours se trouvant ainsi assimilé à une simple pétition adressée au chef de l'Etat. » (1)

Assujetti à des formes en tant qu'action, le recours pour excès de pouvoir ne l'est qu'à des formes simplifiées, en raison de sa ressemblance avec le recours hiérarchique.

§ 8. *Conclusions sur la comparaison des recours.*

« A l'heure présente, le recours pour excès de pouvoir est assurément un recours contentieux, et non un recours gracieux ; un doute à cet égard a pu exister à un moment donné, aujourd'hui il doit disparaître. » (1).

La démonstration du caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir se fait par les principes généraux, les textes, les déclarations du Conseil d'Etat, l'organisation du recours.

(1) Marie. *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir*. Revue de droit public, 1901, t. XVI, p. 291.

(1) Marié, p. 281.

A. PREUVE DU CARACTERE CONTENTIEUX DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR PAR LES PRINCIPES GENERAUX.

Les pouvoirs propres que le Conseil d'Etat possède et a possédés sous la deuxième république lui sont donnés en qualité de juge et non d'administrateur. « D'une façon générale au point de vue purement administratif, sa fonction juridictionnelle mise à part, le Conseil d'Etat n'a pas, en effet de pouvoirs propres; il est avant tout un donneur d'avis, un conseiller dont l'opinion n'a pas de force par elle-même tant que l'autorité qui le consulte ne s'est pas approprié cette opinion et ne l'a pas faite sienne sous la forme d'un acte administratif : c'est un corps délibérant, ce n'est pas une autorité administrative ayant un droit de décision propre (1).

Le Conseil d'Etat, corps administratif émet des avis, le plus souvent facultatifs pour le Chef de l'Etat. Quelquefois ce dernier ne peut se décider à l'encontre de l'avis, ainsi il ne peut passer outre à l'avis favorable au maintien du syndicat de communes (art. 179, loi du 22 mars 1890). Jamais il n'est obligé de décider conformément à l'opinion du Conseil d'Etat. On peut donc affirmer que comme juge seulement, le Conseil d'Etat décide. « C'est ce qui a lieu pour le recours pour excès de pouvoir : c'est le Conseil d'Etat qui tranche lui-même et seul

(1) Marie, p, 282,

le litige pendant, et s'il en est ainsi, c'est qu'il statue comme juge. » (1)

Une autre opinion aboutirait à des résultats choquants. Il est admis aujourd'hui que l'on peut faire annuler tous les actes du Chef de l'Etat. « Si en annulant ces actes, le Conseil d'Etat remplit une fonction administrative proprement dite, il faut reconnaître qu'il est, administrativement parlant, le supérieur hiérarchique du chef de l'Etat, puisqu'il peut annuler les actes de ce dernier, et que celui-ci n'est plus dès lors le chef suprême de l'administration, solution qui ne saurait être acceptée. » (2)

On conçoit, au contraire l'intervention d'un tribunal qui exerce sa fonction à l'égard de l'autorité la plus élevée. Etant donné le rôle différent attribué au Conseil d'Etat et au président de la République, il n'est pas contradictoire de faire intervenir le premier pour obliger l'autre, malgré sa situation élevée, au respect de la loi.

B. TEXTES

Le second argument sur lequel se fonde le caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir se trouve dans les textes.

La loi du 24 mai 1872 (art. 9) sépare, il est vrai, dans son texte les recours en matière contentieux et « les de-

(1) Marie, p. 283.

(2) Ibid.

mandes d'annulation pour excès de pouvoir ». Le législateur, trouvant dans la jurisprudence le recours organisé comme une institution à part, a pu vouloir consacrer cette séparation et non opposer le contentieux et les demandes d'annulation. Dans de nombreux textes on qualifie de contentieux le recours pour excès de pouvoir. L'article 88 de la loi du 10 août 1871 parle du Conseil d'Etat statuant au contentieux; l'article 13 de la loi du 8 avril 1892 parle des recours contentieux contre les arrêtés préfectoraux accordant des autorisations sur les cours d'eau ni navigables ni flottables. Le mot doit avoir dans le texte de ces lois son sens technique, car elles-mêmes parlent d'un recours administratif devant le Chef de l'Etat, la première dans son article 47, la seconde dans son article 13 qui prévoit un décret à l'occasion duquel avis est donné par le Conseil d'Etat. Ce dernier a donc deux rôles que les lois ont distingués.

L'article 20 de la loi de 1872 parle du « jugement des recours contre les décisions ».

C. OPINION DU CONSEIL D'ETAT

Dans sa propre opinion, le Conseil d'Etat est un tribunal. Les mots « recours contentieux », « voie contentieuse » se rencontrent dans les arrêts.

Ce qui détermine la nature, c'est la qualité en vertu de laquelle prononce l'autorité. Dit elle le droit, elle

exerce la fonction juridictionnelle; assure-t-elle la marche des services publics en permettant l'utilisation la plus avantageuse des pouvoirs et des droits conférés à l'administration, elle exerce la fonction administrative. Or, elle se considère comme exerçant la fonction juridictionnelle.

D. ORGANISATION DU RECOURS

L'organisation du recours est celle d'un recours contentieux. Il est vrai qu'un recours administratif peut être organisé comme un recours contentieux afin d'assurer des garanties à ceux qui l'exercent, entre autres celles d'un examen attentif.

On comprend qu'on exige dans le recours pour excès de pouvoir, s'il a le caractère contentieux, la capacité d'ester en justice, l'intérêt, les formes et délais; on ne comprendrait pas cette exigence dans une pétition.

L'exclusion du recours pour excès de pouvoir par un recours contentieux se comprend si le premier a ce caractère; on ne sait pas pourquoi un recours administratif serait fermé par un recours d'un autre caractère. Avant d'aller devant un juge, il faut pouvoir faire appel à la bonne volonté de l'administration.

On admet que, depuis 1872, le Conseil d'Etat, comme tout tribunal, doit statuer sous peine de déni de justice, que la présumption de vérité s'attache à ses arrêts, qu'il ne peut de lui-même les modifier. Un administrateur, au

contraire, n'est pas obligé de statuer, la présomption de vérité ne s'attache pas à ses décisions qu'il peut lui-même rapporter sous réserve des droits acquis.

La doctrine de la pétition est donc combattue par des arguments sérieux. « Nous pouvons donc considérer comme erronée la doctrine opposée à celle qui vient d'être soutenue et d'après laquelle le recours pour excès de pouvoir serait surtout un recours gracieux, un recours administratif entouré, il est vrai, de certaines précautions, de certaines garanties édictées dans l'intérêt de celui qui le forme et aussi dans l'intérêt de l'administration elle-même; mais enfin de sa nature il ne serait pas une véritable action en justice, mais une pétition adressée à l'autorité administrative, un recours n'ayant de contentieux que la forme. » (1)

A l'origine du recours pour excès de pouvoir, on n'aurait peut-être pas été aussi affirmatif sur son caractère contentieux. Sous l'influence des idées révolutionnaires, on était plein de défiance en ce qui concerne l'intervention d'un juge en matière administrative.

On pouvait se demander si le chef suprême de l'administration prononçait comme juge ou comme muni de pouvoirs de surveillance sur ses subordonnés.

Dans sa propre opinion, le Conseil d'Etat fondait peut-être sa compétence sur son rôle de préparateur des

(1) Marie, p. 288.

décisions du chef suprême de l'administration. Il ne visait en effet aucun texte, et paraissait ainsi se contenter des principes généraux qui donnaient au Chef de l'Etat, sans qu'il fut besoin de le dire expressément le contrôle des subordonnés. Dans l'affaire d'Andigné, de Resteau, le commissaire du gouvernement l'Hôpital paraissait exprimer l'opinion qu'aucun texte n'était nécessaire pour justifier le recours contre l'acte d'un ministre, qu'il en fallait un au contraire pour justifier le recours contre l'acte d'un agent inférieur.

« Le recours *omisso medio*, par la voie de l'excès de pouvoir, et le recours ordinaire contre la décision du ministre, aboutissent tous les deux à l'Empereur statuant au contentieux. Ils n'en sont pas moins très différents l'un de l'autre. Le premier, qui trouve sa base légale dans la loi des 7-14 octobre 1790. ...Le second est fondé sur le principe de la hiérarchie administrative. »(1)

Après n'avoir visé aucun texte, le Conseil d'Etat fonda le recours sur la loi de circonstance de 1790, marquant ainsi que sa compétence, comme celle de tout juge, lui était donnée par une loi.

(1) Conclusions du commissaire du gouvernement l'Hôpital sous l'affaire d'Andigné de Resteau. D. P., 65. III. 66.

CHAPITRE III

COMPARAISON DU RECOURS HIERARCHIQUE ET DU RECOURS CONTRE LE RETRAIT DE CONCESSION D'UNE MINE

En dehors du recours pour excès de pouvoir, il en existe d'autres qui sont portés devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux et qui poursuivent la disparition totale de l'acte.

Le recours contre le refus d'approbation des statuts d'une société de secours mutuel et le recours contre l'arrêté du préfet statuant sur une demande en nullité d'une délibération d'un Conseil Municipal diffèrent du recours pour excès de pouvoir par les causes d'ouverture. (1) Le recours prévu par la loi du 27 avril 1838 art. 6, contre la décision ministérielle prononçant le retrait de concession d'une mine soumet au Conseil d'Etat des questions de natures diverses.

§ 1. *Caractère contentieux*

du recours contre le retrait de concession

Les articles 6 et 9 de la loi du 27 avril 1838 donnent au

(1) Arr. Cons., 29 mars 1901, Casanova. S. 1901. 3. 41. Note de M. Haurion.

ministre le droit de prononcer la déchéance du concessionnaire de mines, sauf recours contentieux au Conseil d'Etat. Le mot « contentieux » se trouve dans le texte. On peut induire des circonstances dans lesquelles la loi de 1838 a été promulguée, les motifs qui ont incité le législateur à organiser un tel recours. Considérant la mine comme une propriété ordinaire, l'Empereur avait exprimé son désir que le concessionnaire ne pût être privé de son bien autrement que comme tout autre propriétaire, c'est-à-dire par l'expropriation. Il n'était donc fait dans la loi de 1810 aucune allusion à la déchéance. Afin de remédier à cette situation qui n'armait pas suffisamment le Gouvernement, la loi de 1838 prévoit la déchéance, mais l'entoura en même temps de certaines garanties. On permit de soumettre la décision ministérielle prononçant le retrait de concession au Chef de l'Etat par la voie contentieuse. On entendait probablement par là que l'ordonnance devait être préparée par le comité du contentieux et le recours examiné d'après la procédure établie pour les affaires contentieuses. On sait que la préparation des décisions juridictionnelles fut quelquefois remise aux sections administratives.

« Il serait inexact de penser que toutes les affaires sans exception dans lesquelles le Chef de l'Etat devait statuer comme juge fussent soumises à l'examen du comité du contentieux et étudiées d'après la procédure suivie devant ce comité, bien qu'elles fussent qualifiées affaires conten-

tieuses : l'art. 7 du décret même du 11 juin 1806 en renferme un exemple. »

Si ce recours était entouré des garanties résultant de l'examen fait suivant la procédure juridictionnelle, il entraînerait le Conseil d'Etat à l'examen de questions multiples.

§ 2. *Caractère hiérarchique du recours.*

La déchéance peut être prononcée pour non paiement de la redevance d'assèchement. Le recours par lequel on contesterait la légalité de cette prétention reposerait sur la violation de la loi. Sans doute le roi, supérieur hiérarchique du ministre, pouvait toujours contraindre son subordonné au respect de la loi. Cependant en 1838, celui qui se plaignait de la violation de la loi et des droits acquis ne pouvait pas demander la disparition « *erga omnes* » de l'acte incriminé. L'infraction, au contraire de ce qui existait pour l'incompétence et le vice de forme, n'était pas jugée assez grave. Ici, par exception, la violation de la loi était considérée comme une cause suffisante, par respect pour le principe de la propriété, pour que le roi annulât l'acte de son subordonné.

Lorsqu'il s'agit de discuter l'autre question qui peut être soumise au Conseil d'Etat, il apparaît qu'il s'agit d'opportunité, ce qui en général relève de l'appréciation du supérieur hiérarchique. La loi prévoit la déchéance dans le cas où « l'exploitation est restreinte ou suspen-

due de manière à inquiéter la sûreté publique ou les besoins des consommateurs ». « Considérant, dit l'arrêt « Mines de Château-sur-Cher » qu'il résulte de l'instruction que ces mines sont susceptibles de donner lieu à une exploitation utile et que l'inaction du concessionnaire a été de nature à porter atteinte aux intérêts que les lois ci-dessus visées ont entendu sauvegarder. » (1). Dans sa requête, la Compagnie alléguait « que, dans tous les cas, il n'est pas établi qu'un intérêt public supérieur demande la mise en exploitation de la mine ; qu'au surplus la Compagnie s'est trouvée dans l'impossibilité absolue d'exploiter ».

A l'époque où ce recours a été institué, il pouvait ne pas paraître anormal de soumettre au Chef suprême de l'Administration, des questions d'opportunité, qui selon la remarque de Laferrière, étaient quelquefois discutées dans le recours pour excès de pouvoir.

(1) Arr. Cons., 27 juillet 1906, p. 695.

CHAPITRE IV

COMPARAISON DU RECOURS HIERARCHIQUE ET DU RECOURS DE PLEINE JURIDICTION

Sous le nom de recours de pleine juridiction, on réunit les recours où l'on demande au juge de constater une situation juridique individuelle, par exemple un droit de créance, ou des faits, comme les agissements qui ont faussé le résultat d'une élection. « Le caractère essentiel du jugement est de reconnaître les droits préexistants. » (1). C'est ce qu'on demande dans le recours de pleine juridiction. Le juge exerce donc ici sa fonction normale. Ceux qui ont contracté avec une personne administrative en vue d'exécuter un travail public saisiront le Conseil de préfecture en vue de faire dire le droit qu'ils tiennent de leur contrat. C'est là un cas particulier du contentieux de pleine juridiction.

Extérieurement, le recours de pleine juridiction diffère du recours hiérarchique en ce qu'il ne peut être introduit que contre une décision, l'autre pouvant l'être contre tout acte juridique ou matériel ; au fond, il en diffère plus encore par la différence qui sépare les pouvoirs du juge de ceux du supérieur hiérarchique.

(1) Dareste, p. 58.

§ 1. *Nécessité d'une décision*

dans le recours de plein contentieux.

Un droit peut être violé par un acte quelconque, juridique ou matériel. Lorsqu'on va devant le Conseil d'Etat, il faut au préalable provoquer une décision de la part d'une autorité administrative. « Le Conseil d'Etat ne peut être saisi d'un pourvoi que si une décision émanant d'une autorité administrative lui est déférée. Ce principe déjà posé par le décret du 22 juillet 1806, affirmé avec persistance par une longue jurisprudence a encore été confirmé par l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900. » (1). Le décret de 1806 ne permettait en effet de déférer au Chef de l'Etat que la « décision d'une autorité qui y ressortit ».

Le recours hiérarchique étant de l'essence de l'administration est recevable contre tous les actes d'un subordonné. Le recours contentieux contre l'administration est anormal, il faut que l'administration consente à venir devant un juge. Autrefois, il fallait bien que les simples particuliers acceptent l'arbitrage d'un de leurs concitoyens. La décision sera la manifestation de volonté qui indique l'acceptation de l'instance. « Notons que c'est bien une pratique d'acceptation de l'instance et non pas seulement, comme le voulait Laferrière, une pratique de

création de la contestation par l'opposition des prétentions », dit M. Hauriou (1).

§ 2. *Pouvoirs du juge du recours de pleine juridiction comparés à ceux du supérieur hiérarchique.*

La mission du juge, dans le recours de pleine juridiction peut être séparée en deux parties. « En général, sauf dans les questions préjudicielles, le juge a deux choses à faire : 1° procéder à une constatation ; 2° prendre une décision. Les deux choses n'ont pas la même nature ni la même importance. » (2).

A. CONSTATATION.

Dans l'essentiel de sa mission, qui est de constater, le rôle du juge diffère de celui de l'administrateur, qui est de créer. Dans le recours de pleine juridiction, il y a à constater des droits ou des faits. Il eût peut-être mieux valu ne pas mettre ensemble ces deux sortes de constatations. En parlant du contentieux de pleine juridiction, on peut dire que cette formule n'est pas claire (3) car elle s'applique à des situations dissemblables.

B. DECISION.

La décision, partie accessoire de la fonction du juge,

(1) Hauriou, 9^e édit., p. 444, en note.

(2) Jèze, Revue de Droit public. *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux*, 1909, p. 668.

(3) Ibid., p. 681.

sera la conséquence de la constatation. Là est la partie commune du rôle de l'administrateur et du juge.

Lorsqu'il s'agit de particuliers, le magistrat ordonne la réalisation du droit subjectif du demandeur ; lorsqu'il s'agit de l'administration, il ne saurait être question de procéder identiquement.

A. IMPOSSIBILITÉ POUR LE JUGE DE COMMANDER

« Lorsque l'un des plaideurs est l'administration, il arrive parfois en droit français que, par une déférence exagérée envers l'agent administratif actif chargé de gérer le patrimoine... le juge s'abstienne, spontanément ou parce que la loi l'a dit, d'ordonner directement la réalisation du droit subjectif. » (1).

Par « un déploiement de courtoisie envers les agents actifs, destinés à ménager leur susceptibilité » (2) ou par respect pour la règle de la séparation des pouvoirs, presque jamais les tribunaux ne commandent aux administrateurs.

Ce n'est pas ce qui a lieu en Angleterre, pays du « writ of mandamus ». Le citoyen intéressé peut demander à la Haute-Cour un mandat judiciaire dirigé contre l'assemblée ou le fonctionnaire en question et lui imposant sous

(1) Jèze, p. 680.

des peines variées de remplir son devoir. Le tribunal qui se conduit ainsi se comporte à la façon d'un supérieur hiérarchique qui adresserait des injonctions à son subordonné en le menaçant de sanctions disciplinaires.

I. Exception :

possibilité d'adresser des ordres de s'abstenir.

« Lorsqu'il ne s'agit pas de prescrire à l'autorité publique de procéder à un acte de ses fonctions, mais au contraire de lui interdire un acte qui en excède les limites, et de l'obliger à restituer et à remettre les choses en l'état, aucune raison, tirée de la nature de la voie de droit, ne s'oppose à son exercice. Rien n'empêche qu'un tribunal, même de l'ordre judiciaire, prononce contre l'administration ou ses agents une condamnation dans les termes ci-dessus. » (1). « Si le juge peut ordonner la discontinuation des travaux, comment n'aurait-il pas qualité pour les faire détruire? » (2), dit l'annotateur des arrêts du Conseil d'Etat à propos d'un arrêt sur conflit décidant qu'un tribunal civil saisi de conclusions tendant à ordonner l'enlèvement de poteaux téléphoniques, s'était à tort déclaré incompétent. C'est au contraire à raison que le tribunal civil de la Seine s'est déclaré compétent pour ordonner s'il y avait lieu, au

(1) Dareste, p. 175.

(2) Conflit, 13 déc. 1884. Neveux, p. 910, en note.

préfet de police, la restitution de neuf cent soixante-quinze exemplaires d'un manifeste du comte de Paris.

Le tribunal civil de la Seine s'est exprimé en ces termes : « Le tribunal... ordonne la suppression de l'annonce critiquée....; fait à l'avenir défense à l'administration de faire aucune insertion de la nature de celle critiquée. »

II. Impossibilité de commander l'action

Dans tous les cas où le droit de l'intéressé exigerait que l'administration procédât à un acte, le juge ne pourra prendre une décision donnant un ordre. « Il n'y a pas, à ma connaissance, d'exemple d'injonction adressée à un fonctionnaire et sanctionnée par l'astreinte. Cela se conçoit surtout si l'on considère, avec M. Esmein, que l'astreinte est fondée sur l'autorité du juge... Les obligations de faire à la charge des agents ne sont qu'imparfaitement organisées au point de vue juridique, le juge ne pouvant pas adresser à l'administration une injonction de faire. » (1). « Considérant que la démolition de travaux sur le domaine public... ne peut être ordonnée... » (2).

Les juges qui ne peuvent commander ne peuvent pas

(1) Joseph Barthélemy. *De l'obligation de faire*. Revue de droit public, 1912, p. 515.

(2) Arr. Cons., 28 juillet 1916. Soubiran, p. 337.

b) Impossibilité pour le juge

de substituer sa volonté à celle d'un administrateur.
substituer leur volonté à celle de l'administrateur et accomplir eux-mêmes l'acte juridique qui réaliserait le droit du requérant. « La voie de droit a nécessairement une autre limite, qui est l'impossibilité... de se substituer à eux (les organes de la puissance publique). Ni le Conseil d'Etat ni aucune autre juridiction ne peut conférer une fonction ou un grade. » (1).

c) Contenu de la décision.

Comme un recours hiérarchique, le recours contentieux de pleine juridiction aboutira à l'annulation ou à la réformation de la décision attaquée, mais ce n'est pas la seule solution possible. « Quant aux pouvoirs du juge, ils varient beaucoup suivant les situations, car les opérations administratives retiennent plus ou moins de puissance publique ; le minimum est la réformation d'une décision exécutoire attaquée (liquidation de fournitures, décret de pension) : le maximum est la condamnation de la personne administrative à payer un traitement, une somme due, une indemnité. » (2). Lorsqu'il y aura condamnation, le contenu de la décision ne consistera pas dans l'ordre de payer adressé aux comptables et appelé

(1) Dareste, p. 174, note 1.

(2) Hauriou, 9^e édit., p. 556.

ordonnancement. « Il lui arrive... de ne pas arbitrer les indemnités, il renvoie l'intéressé devant le ministre compétent. » (1), dit Joseph Barthélemy parlant du Conseil d'Etat juge des indemnités. L'ordonnancement directement opéré par ce tribunal constituerait une substitution d'action interdite. La décision sera le plus souvent formulée en des termes analogues à ceux-ci : « renvoi devant le Ministre de la Guerre pour être procédé à la liquidation de l'indemnité à laquelle il a droit » (2). Le Conseil d'Etat quelquefois prend une décision indiquant comment il doit être procédé à la liquidation. « Considérant qu'il résulte des pièces versées au dossier que... ces services devaient entrer en compte pour la liquidation de sa pension de retraite... » (3).

La décision peut enfin contenir l'arbitrage de l'indemnité due. « L'Etat paiera à la dame Massé une somme de deux mille francs... » (4).

§ 3. *Conclusion sur la comparaison des recours.*

Bien qu'en pratique l'administration conforme sa conduite à la constatation opérée par le juge, il subsiste une infériorité théorique du recours de pleine juridiction sur le recours hiérarchique. Si l'on suppose que le requé-

(1) Barthélemy, p. 515.

(2) Arr. Cons., 15 mars 1918, p. 260.

(3) Arr. Cons. 1918, p. 329.

(4) Arr. Cons. 1918, p. 71.

rant soit armé d'un jugement affirmant le bien-fondé de son droit, il lui faudrait, au cas où l'administrateur n'agirait pas conformément à la constatation du magistrat, entreprendre une nouvelle procédure afin d'obtenir du fonctionnaire coupable d'inertie une réparation pécuniaire. Une telle complication est évitée dans le droit anglais au moyen du mandat judiciaire. Le recours hiérarchique procurerait directement la satisfaction du requérant. Dans l'exemple cité de marchandises illégalement saisies en douane, le recours au chef de service aboutirait à la restitution; un recours de pleine juridiction ne pourrait aboutir qu'à constater l'existence ou le quantum d'une dette à la charge de l'Etat, et en cas d'inaction de l'administrateur compétent, il faudrait entreprendre une nouvelle instance. Il est donc impossible d'obtenir une réparation en nature du préjudice causé, le juge ne pouvant ordonner une telle réparation, qui est du ressort du chef de service. L'indemnité elle-même ne sera payée par un patrimoine administratif que si l'agent préposé à la gestion de ce patrimoine y consent, et finalement celui dont le droit a été violé est seulement assuré de trouver une réparation dans la créance qui naîtra à la charge du patrimoine personnel de l'administrateur. Au lieu de voir le préjudice à lui causé effacé dans la mesure du possible, ce qu'il obtiendrait par un recours hiérarchique, celui qui intente le contentieux de pleine juridiction peut se trouver, en cas de mauvaise

volonté, obligé de saisir les biens d'un fonctionnaire. Cette compensation par équivalent est loin d'offrir les avantages d'une remise en état lorsque cette dernière est possible.

Puisqu'il n'y a pas d'autre moyen pour l'intéressé de réaliser son droit que l'action contre le fonctionnaire personnellement responsable de son inertie, le Conseil d'Etat s'est préoccupé d'empêcher que cette responsabilité fût douteuse. La procédure de renvoi pour faire ce que de droit a été imaginée à cette intention. C'est une invite non déguisée à obéir à l'autorité de la chose jugée.

TROISIEME PARTIE

COMPARAISON DU RECOURS HIÉRARCHIQUE

ET DES

AUTRES RECOURS NON JURIDICITIONNELS

CHAPITRE PREMIER

COMPARAISON DU RECOURS HIERARCHIQUE ET DU RECOURS GRACIEUX

Sous réserve des droits acquis, une décision peut être rapportée ou remplacée par une autre. « On doit entendre par recours gracieux ou réclamation gracieuse, celle adressée à une autorité pour lui demander de faire un acte nouveau, ou bien à l'autorité qui a fait un acte pour la prier de rapporter elle-même son acte. La voie gracieuse ressemble à la voie hiérarchique en ce qu'elle est administrative, mais elle en diffère en ce qu'elle n'éveille pas l'idée d'un contrôle. » (1).

(1) Hauriou, 9 édit., p. 170.

§ 1. *Ressemblances des recours
par leur caractère administratif.*

La faculté d'exercer un recours gracieux se rattache à la règle que la décision administrative est naturellement révocable. Cela est admis sans difficulté depuis qu'on a renoncé à voir des juges dans les administrateurs. Le Conseil d'Etat en statuant sur des décisions rendues à la suite de recours gracieux reconnaît par là implicitement leur caractère. C'est comme administrateur et non comme juge que le Chef de l'Etat prononce sur les recours formés en vertu de l'article 40 du décret du 22 juillet 1806 ainsi conçu : « Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou sa propriété par l'effet d'une décision de notre Conseil d'Etat rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête pour, sur le rapport qui nous en sera fait, être l'affaire renvoyée, s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'Etat, soit à une commission. »

De l'avis du Conseil d'Etat lui-même, consulté en 1878 sur la survivance du recours et la possibilité de l'exercer, il résulte qu'il s'agit d'un recours administratif. « Cette dernière solution est exacte : elle résulte d'abord de la généralité des termes de l'article précité, permettant de réclamer contre tout acte, quel qu'il soit, que l'on estime porter atteinte aux droits ou à la propriété, et non pas seulement aux droits du réclamant; ce qui autorise à

réclamer même contre un acte accompli légalement mais préjudiciable à l'intéressé. » (1).

On peut remarquer que le renvoi « s'il y a lieu » de la question à une section ou à une commission ne fait pas préjuger du bien-fondé de la demande. En 1806 fut agitée la question de savoir si l'on renverrait les recours en vertu de l'art. 40 devant le comité du contentieux ; la solution contraire prévalut.

L'auteur du décret, en ne soumettant pas ces recours à l'examen du comité, montrait qu'il entendait ne pas leur attribuer un caractère juridictionnel. Un dernier argument se trouve dans les mots « matière non contentieuse » qui figurent au texte. Cette expression a deux sens possibles. Ou bien il faut entendre par là tout ce qui n'est pas jugement, c'est-à-dire toutes les décisions administratives rendues par le Chef de l'Etat après avis du Conseil d'Etat, ou bien il faut entendre seulement parmi les décisions administratives celles qui ne peuvent être discutées au contentieux. D'après la terminologie de l'époque, les décisions rendues en matière non contentieuse n'étaient pas toutes les décisions rendues par le Chef de l'Etat autres que les décisions juridictionnelles : c'étaient uniquement les décisions qui ne pouvaient donner ouverture à un recours contentieux, soit parce que ces décisions ne portaient atteinte à aucun droit, soit parce que ces décisions intervenaient dans des rapports

(1) Marie, p. 164.

qui échappaient à tout contrôle juridictionnel : la matière, en pareil cas, n'était pas contentieuse.

Les décisions en matière contentieuse étaient, au contraire, les décisions qui, par elles-mêmes, étaient susceptibles de porter atteinte à un droit parce que les pouvoirs de l'administrateur qui les prenait étaient limités. » (1).

Si l'on adopte la deuxième solution, le caractère administratif du recours est certain. Contre les actes administratifs délibérés en Conseil d'Etat qui ne peuvent donner ouverture à un recours contentieux, on ne veut pas laisser les parties sans défense, et on leur ouvre un recours d'une autre espèce. La première solution, au contraire, n'entraîne pas nécessairement cette conséquence, car contre les actes qui ne sont pas des jugements on conçoit aussi bien un recours administratif qu'un recours contentieux. Elle a aussi l'inconvénient de soustraire une partie des actes du Chef de l'Etat à tout contrôle juridictionnel. » « Il faut remarquer que cette seconde interprétation que nous croyons exacte, outre les avantages qu'elle offrait aux particuliers en leur assurant la garantie d'un recours spécial, avait cet avantage de ne pas permettre de supposer que le chef de l'Etat qui se reconnaissait avoir pour mission de juger les administrateurs inférieurs, n'admettait pas que, pour un acte accompli par lui-même, on pût en appeler de l'adminis-

(1) Marie, p. 350, t. II.

tracteur au juge et lui demander de juger après avoir agi. » (1)

Lorsqu'un recours contentieux n'aurait aucune chance d'aboutir, soit parce que le Chef de l'Etat n'a pas outre-passé ses droits, soit parce que le recours contentieux est expressément interdit par la loi, le recours de l'article 40 reste seul. « L'art. 40 du décret de 1806 a eu pour but d'ouvrir aux tiers, à défaut de recours par la voie contentieuse, une voie régulière pour solliciter la réformation des décrets rendus en Conseil d'Etat et par lesquels ils se croiraient lésés dans leur droits ou dans leur propriété. » (2).

Ce recours, qui est un recours gracieux, provoque plus énergiquement qu'une pétition ordinaire l'examen de la part des dépositaires du pouvoir; c'est là le seul avantage qu'il présente (3).

§ 2. *Différences des recours*

au point de vue de la liaison du contentieux

Le recours hiérarchique a pour but de mettre en mouvement le contrôle de l'autorité supérieure. Il a un caractère juridique, car l'autorité est tenue de prendre une décision qui pourra faire l'objet d'un recours contentieux, tandis qu'en cas de recours gracieux une réponse n'intervient pas nécessairement.

(1) Marie, p. 351.

(2) Avis du Conseil d'Etat du 4 juin 1878.

(3) Marie, p. 354.

CHAPITRE II

COMPARAISON DU RECOURS HIERARCHIQUE ET DU RECOURS EN MATIERE DE TUTELLE

La hiérarchie se différencie de la tutelle par un caractère essentiel.

« A notre avis, ce caractère est essentiellement celui : les agents fédéralisés ou décentralisés ne sont pas compris dans la hiérarchie des agents, remontant jusqu'au pouvoir des gouvernants. On a essayé de déterminer plus haut l'essence et les conséquences de cette hiérarchie, et on a montré qu'elle consistait en ce que le supérieur hiérarchique pouvait non seulement annuler la décision que prend l'inférieur, mais encore réformer cette décision, et substituer à cette décision la sienne propre. Le pouvoir hiérarchique implique un pouvoir de réformation. La décision de l'agent centralisé inférieur est définitive, sauf le droit de réformation, qui appartient à l'agent supérieur, qui substitue ainsi véritablement sa décision à celle de l'inférieur. Le propre des agents décentralisés et fédéralisés est de ne point être soumis à un pouvoir hiérarchique remontant jusqu'aux gouvernants, mais seulement à un pouvoir de contrôle. De ce fait, il résulte qu'ils ont une compétence non seulement plus

étendue, mais d'un aspect différent. L'agent investi du pouvoir hiérarchique peut annuler, réformer. L'agent investi du pouvoir de contrôle ne peut réformer ; il peut suspendre ; il peut refuser d'approuver et voilà tout... Celui-ci ne peut jamais substituer sa volonté à celle de l'agent décentralisé et réformer la décision prise par lui. » (1). L'agent centralisé peut annuler pour les causes que détermine la loi de la fonction, causes de droit ou d'inopportunité. Il ne peut se substituer à l'inférieur qui se trouve soustrait à toute impulsion venant de la volonté gouvernementale.

Le droit de contrôle est improprement appelé droit de tutelle, expression inexacte puisque l'agent centralisé qui exerce cette prétendue tutelle approuve, refuse d'approuver, suspend ou annule l'acte fait par un autre, rôle qui n'appartient jamais au tuteur.

Entre les agents centralisés et décentralisés existe cette différence que les premiers ne peuvent pas critiquer par des recours contentieux les décisions prises par un agent supérieur en exercice de son pouvoir hiérarchique. L'idée même de hiérarchie s'y oppose. « En tant que commissaire de police de la ville de Paris, le requérant n'a pas qualité pour discuter la légalité d'un acte du préfet de police dont il est chargé d'assurer l'application. » (2).

Au contraire, les conseillers généraux pourraient,

(1) Duguit, *L'Etat*, p. 733.

(2) Arr. Cons., 27 fév. 1914, Payaud.

d'après M. Hauriou, attaquer les décrets qui annulent leur délibérations. Si les recours ont été rejetés, c'est à cause de la nature quasi contentieuse du décret, mais s'il s'agissait d'un vice de forme, cette nature quasi contentieuse n'existant plus, les conseillers généraux devraient être admis à intenter le recours pour excès de pouvoir (1).

La tutelle comme la hiérarchie comprend des droits sur les personnes et des droits sur les actes. Elle donne à celui qui la détient le pouvoir d'annulation, mais non de réformation. « Notons que la tutelle ne comporte pas le droit de réformation, c'est une observation essentielle et qui constitue une différence caractéristique entre le pouvoir de tutelle et le pouvoir hiérarchique. Réformer un acte, c'est substituer une décision à la décision primitive ; l'annuler, c'est anéantir purement et simplement la décision. Les actes des autorités inférieures de l'Etat l'Etat en vertu du pouvoir hiérarchique de celles-ci, parce peuvent être réformés par les autorités supérieures de qu'il s'agit uniquement de traduire la volonté de l'Etat et que les autorités supérieures représentent l'Etat comme les autorités inférieures. »

En ce qui concerne le refus d'agir, le pouvoir hiérarchique et le pouvoir tutélaire ne donnent ni l'un ni l'autre le droit au supérieur de se substituer à l'inférieur sans commettre un excès de pouvoir. « En principe, les

(1) Hauriou, 9^e édit., p. 479, note 1.

autorités administratives décentralisées ont le droit de ne pas agir. C'est le premier degré de l'autonomie. Ce droit a quelque chose de négatif, mais il n'en est pas moins appréciable. » (1). Il y a de nombreuses exceptions à ce principe. Par lui-même ou par un délégué, le supérieur fera ce que ne veut pas faire l'autorité décentralisée.

L'autorité tutélaire s'exerce d'office et sur recours, mais assez souvent il faut un recours pour qu'elle s'exerce. L'autorité hiérarchique, au contraire, n'a pas à être sollicitée pour agir. Par exception, pour que soient annulés les actes des préfets seulement inopportuns, il faut un recours. Les décisions du Conseil général sur les objets énoncés aux articles 42 à 46 de la loi de 1871 ne peuvent être annulées que sur recours du préfet. Dans le cas où des conseillers intéressés à une affaire ont pris part à une délibération d'un Conseil municipal, la loi prévoit une annulation d'office par le préfet et sur recours. L'annulation d'office peut être prononcée par le préfet dans un délai de trente jours à partir du dépôt du procès-verbal à la sous-préfecture. Toute personne intéressée et tout contribuable peut aussi demander l'annulation dans un délai de quinze jours à partir de l'affichage.

Les recours en matière de tutelle ressemblent aux

(1) Béquet. *Répertoire du droit administratif*, v° Décentralisation. Tome 9, p. 485.

recours hiérarchiques en ce qu'ils sont administratifs, mais ils ressemblent aussi aux recours contentieux.

§ 1. *Caractère administratif.*

On trouve un premier argument qui plaide en faveur du caractère administratif du recours contre les délibérations des Conseils généraux dans le texte de la loi de 1871. Il y est établi une opposition entre le recours pour excès de pouvoir qui peut être intenté dans certains cas contre les décisions des commissions départementales (art. 88), et le recours prévu par l'art. 47 de ladite loi. « En 1871, le recours pour excès de pouvoir et le recours prévu par l'art. 47 étaient portés devant la même autorité, devant le Chef de l'Etat : si la loi a distingué entre eux, c'est qu'elle a entendu que le Chef de l'Etat n'eût pas le même rôle à jouer selon qu'il était saisi par l'une ou par l'autre voie : juge dans un cas, il n'était qu'administrateur dans l'autre. » (1) On peut, de l'examen de l'article 47, déduire quelle était l'intention du législateur à ce sujet. Le texte donne au préfet la faculté d'attaquer ou de ne pas attaquer la délibération du Conseil général contraire à la loi, ce fonctionnaire restant libre d'apprécier si les circonstances sont telles qu'il doive laisser la délibération acquérir force exécutoire ou essayer de la rendre inefficace. « Comment ne pas recon-

(1) Marie, p. 162.

naître que cette liberté d'appréciation laissée au préfet a été accordée à bien plus forte raison au Chef de l'Etat appelé à prononcer sur la demande du préfet ; la loi n'a pas voulu que le préfet pût seul, de sa propre initiative, déclarer nulle une délibération du Conseil général, à plus forte raison n'a-t-elle pas voulu que le Chef de l'Etat fût obligé de prononcer cette nullité sur la demande du préfet et n'eût pas la faculté d'appréciation qui appartient à cet agent inférieur toujours libre de ne pas former de recours contre la délibération du conseil. » Afin de marquer que toute initiative est laissée au Chef de l'Etat, la loi a décidé que ce dernier n'avait qu'à laisser le recours sans réponse pendant deux mois pour que la délibération devint exécutoire.

Il y a un intérêt sérieux à reconnaître le caractère administratif du recours. La décision qui intervient à la suite a-t-elle cet aspect, elle sera susceptible d'être arguée d'excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Ce dernier n'a pas déclaré irrecevables à raison de la nature de l'acte, des recours pour excès de pouvoir contre des décrets d'annulation, mais il en a repoussé un pour défaut de qualité des requérants (1).

La voie de l'excès de pouvoir serait fermée si l'on attribuait au décret d'annulation un caractère contentieux.

La même faculté d'appréciation appartient au préfet statuant sur une demande en nullité d'une délibération

(1) Arr. Cons., 2 avril 1897. Côtes-du-Nord.

d'un conseil municipal, dans le cas de vote des intéressés. Sous l'empire de la loi du 5 mai 1855 un tel vote était défendu ; en ne reproduisant pas les mêmes termes la nouvelle loi a marqué un changement. Le législateur laisse à l'autorité à laquelle il appartient de prononcer l'annulation, le pouvoir d'apprécier si la participation irrégulière d'un ou de plusieurs conseillers aux résolutions de l'assemblée a exercé une influence suffisante pour déplacer la majorité (1), et, par suite, pour faire mettre à néant ces résolutions. Il y a dans ce cas à apprécier des questions d'opportunité qui ne sont pas en général de la compétence du juge (2). En décidant que la décision du préfet pouvait être attaquée dans la forme du recours pour excès de pouvoir, la loi de 1884 ne laisse pas de doute sur le caractère administratif de cette décision.

§ 2. *Caractères qui rapprochent ces recours
des recours juridictionnels.*

Par des caractères extérieurs, ces recours se rapprochent des recours juridictionnels.

En effet, ils sont astreints, pour leur exercice, à des

(1) Arr. Cons., 19 juillet 1912, de Latour, S. 1912. III. 15.

(2) « Il appartient au préfet d'apprécier les circonstances de chaque espèce, le degré d'intérêt des membres présents.. Il faut en outre, pour déterminer l'abstension, que l'intérêt pécuniaire ne soit pas trop minime. » (Note sous l'arrêt Mahé, 11 nov. 1892. S. 94. III. 83.)

conditions de forme et de délai, ils sont nécessaires pour que le pouvoir de tutelle s'exerce, ils tendent à l'application de la loi. Ces caractères ne constituent pas l'essentiel d'un jugement dont le critérium est qu'il dit le droit, mais ils s'y rencontrent en général. On a remarqué en particulier à propos du recours contre les délibérations définitives des Conseils généraux, que le rôle du Chef de l'Etat se rapproche de celui d'un juge. « Il peut y avoir doute dans ce cas, disons-nous, sur le caractère de la décision du chef de l'Etat. Remarquons en effet, que cette décision n'intervient qu'à la suite d'une demande, d'un recours formé par le préfet, et que d'autre part ce recours est fondé sur des motifs déterminés. Il ne peut invoquer à son appui que des raisons de droit, et l'annulation ne peut être prononcée que pour des raisons de ce genre. » (1).

Il a été observé que, d'une manière générale, la tutelle a une tendance à devenir juridictionnelle. « Il est facile de voir que ces restrictions progressives du droit d'annulation l'amènent à n'être presque plus qu'un pouvoir d'ordre juridictionnel. L'administrateur qui annule pour cause déterminée, c'est-à-dire pour violation de la loi, et sur recours, annule à la façon d'un juge. Dans tous les cas, il est beaucoup moins administrateur que lorsqu'il annule d'une façon discrétionnaire et d'office. Nous ne serions donc pas éloignés de qualifier de juridiction-

(1) Marie.

nelles ou contentieuses les décisions qui interviennent dans les deux cas où actuellement chez nous l'annulation a lieu sur recours et pour cause déterminée. » (1).

Si cette opinion était adoptée, les actes portant annulation étant des jugements ne seraient pas susceptibles des voies de recours employées contre les actes administratifs. « Si le recours est dirigé contre un décret d'annulation... la nature de l'acte s'oppose au recours. » (2). Ce n'est pas l'opinion du Conseil d'Etat, qui a déclaré irrecevable un recours contre un décret d'annulation, non à cause de la nature de l'acte attaqué, mais à cause du défaut de qualité des parties qui attaquaient.

L'arrêté du préfet statuant sur une demande en nullité d'une délibération d'un Conseil général est un acte administratif mais échappant au contrôle hiérarchique du ministre qui, s'il était saisi, devrait se déclarer incompetent (3).

Malgré ces ressemblances entre le recours en matière de tutelle et le recours juridictionnel, il manque au recours en matière de tutelle une qualité essentielle pour qu'il soit une action en justice. Lorsqu'un agent public, investi du pouvoir de contrôle administratif, exerce ce pouvoir sur l'acte d'un agent décentralisé, il ne fait aucune constatation avec force de vérité légale. Si la

(1) Béquet, vol. 9, p. 488.

(2) Hauriou, 9^e édit., p. 479, en note.

(3) Arr. Cons., 8 mars 1895, Cayrat, S. 97. 3. 61.

décision est motivée par la prétendue violation de la loi, il n'y a pas là un jugement. Si l'agent saisi ne répond pas, il y a un silence assimilable à un rejet et non un déni de justice. C'est ce qu'a affirmé le Conseil d'Etat dans l'arrêt Carrère : « Un délai de plus de quatre mois s'est écoulé... les sieurs C... peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat. » (1).

L'agent n'est pas soumis à la règle. « Le criminel tient le civil en état. » Ainsi le pouvoir du préfet d'annuler en vertu de l'art. 60 de la loi des 14-22 déc. 1789 une délibération du Conseil municipal n'est pas suspendu jusqu'à ce qu'il ait été statué par le tribunal répressif sur la plainte en diffamation formée par le tiers diffamé. « Le conseil municipal s'est livré à des imputations diffamatoires à l'égard du sieur F..., ancien maire... L'exercice de ce pouvoir ne pouvait être suspendu jusqu'à ce qu'il ait été statué par le tribunal compétent sur la plainte en diffamation formée devant lui par le sieur F... » (2).

Contre l'acte d'annulation, le recours pour excès de pouvoir est possible. Cette solution doit être admise même contre les décrets d'annulation des délibérations des conseils généraux, auxquels M. Hauriou attribue une

(1) Arr. Cons., 10 nov. 1905, Carrère, p. 810.

(2) Arr. Cons., 5 mars 1918. Cuvellier, p. 61.

nature quasi-contentieuse (1). Si ces actes d'annulation étaient des jugements, il faudrait les attaquer par voie de tierce opposition ou de recours en révision.

L'existence du pouvoir de contrôle administratif n'empêche pas tous les intéressés de se pourvoir par la voie contentieuse. Le recours administratif n'est pas un recours parallèle faisant obstacle au recours pour excès de pouvoir. « S'il appartient au préfet, par application de l'article 47 de la loi du 10 août 1871, de demander l'annulation des délibérations du conseil général par décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique, ce droit ne fait pas obstacle à ce que les particuliers qui se croient lésés par elles les défèrent au Conseil d'Etat statuant au contentieux. » (2).

(1) Arr. Cons., 10 fév. 1905, Monservin. Recueil, p. 134.

(2) Arr. Cons., 7 août 1903. Chabot, p. 620.

QUATRIEME PARTIE

UTILISATION DU RECOURS HIÉRARCHIQUE

LE RECOURS HIÉRARCHIQUE PEUT S'UTILISER SOIT SEUL,
SOIT COMME PRÉLIMINAIRE D'AUTRES RECOURS.

CHAPITRE PREMIER

RECOURS HIERARCHIQUE PREALABLE A D'AUTRES RECOURS

§ 1. *Recours obligatoire.*

Comme préliminaire d'autres recours, le recours hiérarchique peut être imposé par la loi, par la jurisprudence ou par le contrat.

A. OBLIGATION RESULTANT DE LA LOI

Dans certains cas, la loi a pris la peine d'organiser un recours hiérarchique obligatoire. Ce sont ceux où l'on réclame auprès du Ministre de l'Instruction publique contre les opérations d'un concours d'agrégation (règlement du 16 novembre 1874 et du 30 juillet 1877) ; auprès

du Ministre de l'Intérieur contre l'arrêté préfectoral fixant le traitement d'un receveur municipal (loi du 5 décembre 1908). Autrefois, il fallait réclamer auprès du ministre contre les élections des membres des chambres de commerce (arrêté du 3 nivôse an XI), contre les élections au conseil supérieur de l'Instruction publique et au conseil académique (décret du 16 mars 1880), contre les élections au Conseil supérieur des colonies.

Dans ces cas de contentieux électoral, on peut considérer qu'il s'agit d'un recours hiérarchique. C'est l'opinion de Laferrière, qui ayant dans sa deuxième édition rejeté totalement la doctrine du ministre juge, dit que le ministre statue comme supérieur hiérarchique des bureaux électoraux. Ceux-ci en effet peuvent être considérés comme des autorités. « L'autorité à qui sont remis les bulletins de vote porte le nom de bureau électoral. C'est une véritable autorité administrative temporaire. Les décisions qu'il prend sur les difficultés qui s'élèvent touchant les opérations du scrutin, sur la question de savoir qui doit voter, comment doivent être comptés les bulletins, etc... sont provisoirement exécutoires, elles doivent d'ailleurs être motivées. » (1).

B. OBLIGATION

RESULTANT DE LA JURISPRUDENCE

Se fondant sur le décret de 1806, la jurisprudence du

(1) Hauriou, 9^e édit., p. 218.

Conseil d'Etat n'admet que les recours contre les décisions : il faudra donc en provoquer une par le recours hiérarchique lorsqu'on sera en présence d'un acte à caractère non décisoire ; dans certains cas exceptionnels, bien qu'on soit en présence d'une décision, il faudra en provoquer une autre par le recours hiérarchique.

a) *Absence de décision.*

Lorsqu'on ne se trouve pas en présence d'une décision, il est impossible de saisir le Conseil d'Etat. Le décret de 1806, la loi du 17 juillet 1900, ont parlé de « recours contre la décision d'une autorité », de « recours contre une décision administrative », sans dire que seuls étaient possibles des recours de cette sorte, mais les arrêts n'en admettent pas d'autre. (Dame Vallières, 60.025) (1). Si l'affaire est de la compétence du Conseil d'Etat, et dans certains cas où la décision préalable est aussi exigée, du Conseil de préfecture, il faudra commencer par la réclamation administrative. Cette réclamation sera un recours hiérarchique si l'on se plaint au supérieur d'agissements de ses subordonnés. Ainsi on pourra se plaindre au préfet de la destruction arbitraire par un agent-voyer d'une passerelle sur un fossé de route. Le chef de service saisi de la réclamation fera une réponse quelconque et on déférera cette manifestation de volonté, considérée comme décision au Conseil d'Etat. Ainsi les administrés

(1) Arr. Cons., 20 février 1918, p. 167.

sont mis à même de réclamer contre la mauvaise exécution du service public. « Notons tout d'abord que nous sommes en présence d'une question relativement nouvelle et d'un nouveau développement du contentieux. Pendant bien longtemps, les administrés n'ont réclamé que contre les décisions particulières ou réglementaires qui leur étaient directement applicables, ou contre les résultats d'opérations spéciales qui les touchaient particulièrement, par exemple contre les dommages résultant d'une opération de travaux publics. L'idée de réclamer contre la mauvaise exécution d'un service ne leur venait même pas : d'une part, parce qu'ils ne voyaient pas le moyen d'engager le contentieux ; d'autre part, parce que l'Administration leur paraissait être souverainement indépendante dans l'organisation et dans l'exécution de ses services. » (1).

Pour que les idées se modifiassent sur ce point, il a fallu que survint la disposition de la loi du 17 juillet 1900 qui a étendu le domaine efficace de la réclamation administrative. Auparavant existait bien le décret de 1864 : « Lorsque les ministres statueront sur les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision devra intervenir dans le délai de quatre mois. » Ce texte prévoyait les recours contre les décisions et non contre les agissements. La loi de 1900, grâce à la généralité de ses termes, s'applique à toutes les réclamations. « Nous

(1) S. II. 3. 49. Note de M. Hauriou, '

savons qu'il s'agit de mettre en mouvement le contrôle de l'administration et que cela est à la disposition de l'administré : mais par quel mécanisme ? Tout simplement par le mécanisme de la réclamation, qui a été singulièrement perfectionné par la loi du 17 juillet 1900, et qui aboutit maintenant régulièrement à un recours pour excès de pouvoir. Mais, dira-t-on, le recours pour excès de pouvoir est pour annuler des décisions ; or, nous ne sommes pas en présence d'une décision de l'Administration ; nous sommes en présence de la mauvaise exécution d'un service, c'est-à-dire d'un agissement. Sans doute ; mais le procédé ingénieux consiste justement à transformer ce simple agissement en une décision exécutoire qui puisse être annulée, et cette transformation est opérée par la réclamation adressée à l'autorité administrative qui a le contrôle du service. La réclamation appelle une décision de l'autorité chargée du contrôle et, par cette décision, rejetant ou admettant la réclamation, il est proclamé que l'exécution du service est bonne ou mauvaise, et que l'Administration a l'intention de la tenir pour bonne ou de la tenir pour mauvaise. C'est cette déclaration de volonté qui va pouvoir être déférée au Conseil d'Etat par le recours pour excès de pouvoir. » Le perfectionnement apporté par la loi de 1900 consiste en ce que l'autorité saisie est obligée de répondre (1).

(1) Arr. Cons., 4 août 1905, Finet. 7 août 1905, abbé Zill, Desilles, 7 août 1905, Ducreux ; 7 mai 1909, Monteux.

Le décret du 2 novembre 1864 avait décidé en effet que les ministres statuant sur des recours contre des décisions d'autorité subordonnées devaient répondre dans le délai de quatre mois, sous peine de voir leur silence considéré comme un refus. Si l'on s'en était tenu aux termes du décret qui prévoyait les réclamations contre les décisions, il eût été encore possible à l'administration d'éviter la liaison du contentieux au cas où un des subordonnés du ministre serait resté dans le silence. Le texte ne prévoyait que les recours contre les décisions. Le silence du ministre valant rejet, une solution analogue a été adoptée pour les inférieurs. « Ce silence ne constituait pas une décision, et par conséquent en réclamant devant le ministre contre ce silence, on ne réclamait pas contre une décision, et l'art. 7 du décret précité n'était pas applicable. » (1).

Grâce à cette interprétation large et peut-être peu juridique du décret, les inconvénients du silence étaient évités dans le cas de recours hiérarchiques contre des décisions.

Rien de semblable n'était institué en ce qui concerne le recours gracieux, et la nécessité s'en faisait moins sentir, car s'il est normal de demander l'avis du supérieur, il l'est moins de demander à l'autorité de se prononcer deux fois. La réclamation gracieuse n'aboutissait donc pas à la liaison du contentieux.

(1) Marie, t. II, p. 702.

Depuis la loi du 17 juillet 1900, tout silence vaut refus. L'autorité saisie d'un recours gracieux qui ne répond pas rejette donc le recours. Elle confirme ce qu'elle a déjà fait. La décision confirmative résultant du silence aussi bien que celle qui est formellement exprimée est considérée comme incorporée à la première. S'il y a lieu le recours pour excès de pouvoir sera donc intenté contre la première décision et pour cela il faut s'y prendre dans les délais voulus. Ces derniers étant comptés à partir de cette première décision, le recours gracieux n'aura été d'aucune utilité au point de vue du recours contentieux qui lui fera suite. Un recours hiérarchique aurait au contraire servi à faire revivre ou au moins à prolonger les délais. Le rejet implicite ou explicite de la réclamation par le supérieur hiérarchique, qui est une décision confirmative de celle du subordonné, est un acte nouveau susceptible en lui-même de recours.

Si actuellement on dit qu'il faut que toute réclamation ait un aboutissement, c'est qu'on parle seulement du cas de recours hiérarchique, et, d'après la jurisprudence actuelle, du recours hiérarchique intenté dans les délais du recours pour excès de pouvoir; en cas de recours gracieux, on obtient nécessairement une décision, mais ce peut être une décision qui, répétant la première, s'y incorpore et ne constitue pas un acte nouveau. C'est ainsi qu'il subsiste encore une différence entre les deux recours, « La décision implicite de rejet résultant du

silence ainsi gardé par lui pendant plus de quatre mois était purement confirmative de la précédente décision du 3 décembre 1909; ...elle n'a donc pu ouvrir au requérant un nouveau délai de recours. » (1).

A supposer que la décision rejetant la réclamation soit annulée par le Conseil d'Etat, le requérant n'obtiendra qu'une censure. Il sera simplement décidé que tel ou tel service fonctionne mal ou s'exécute mal. On sait que l'Administration active s'incline généralement devant des censures pareilles et réforme sa conduite.

Pour que le recours pour excès de pouvoir faisant suite au recours hiérarchique réussisse, il faut qu'il y ait ouverture. Si l'exécution du service a été mal opérée, il est probable qu'il y aura soit un détournement de pouvoirs, soit une violation de la loi et des droits acquis dans la décision qui, rejetant la réclamation, se trouve par là même approuver cette mauvaise exécution. La violation de la loi surtout est devenue une ouverture extrêmement facile à invoquer, d'une part parce qu'il existe aujourd'hui tant de lois et de règlements qu'il serait bien surprenant qu'une incorrection quelconque de l'Administration ne constituât pas la violation ou la fausse application de quelque texte; d'autre part, parce que la jurisprudence tend à éliminer graduellement la

(1) Arr. Cons., 21 juillet 1916, Espagnol, p. 316,

condition du droit acquis, qui seule pouvait restreindre l'emploi fréquent du grief de violation de la loi

Il eût pu être fait une application intéressante de la combinaison du recours hiérarchique et du recours pour excès de pouvoir, à propos du fonctionnement du service public de l'enseignement. Dans ses conclusions sous l'affaire Chapuis pourvois Porteret et Pichon, le commissaire du gouvernement Pichat indiquait aux requérants la voie qu'ils auraient dû suivre. « Si les pourvois doivent être rejetés, sans examen des livres incriminés, c'est parce que les requérants n'ont pas suivi la voie légale pour faire juger leurs réclamations. Mais cette voie existe. Le père de famille, qui estime qu'un livre en usage dans une école primaire publique porte atteinte à ses croyances religieuses et à celles de son enfant, a une action pour obtenir justice. Comment pourrait-il en être autrement?... Un recours pour excès de pouvoir pourrait être formé contre la décision du ministre de l'Instruction publique, qui, saisi d'une demande d'interdiction d'un livre scolaire, fondée notamment sur ce que ce livre porte atteinte à des croyances religieuses, refuserait de l'accueillir. Nous n'avons pas à prévoir le cas où le ministre garderait le silence sur la réclamation. D'ailleurs, dans le cas où le ministre ne statuerait pas, son silence, s'il se prolongeait pendant plus de quatre mois, équivaldrait à une décision de rejet susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat (L. 17 juill. 1900, art. 3), Le

recours pour excès de pouvoir peut être fondé, d'après la jurisprudence, sur l'incompétence, le vice de forme, la violation de la loi ou le détournement de pouvoir. Le Conseil d'Etat, saisi, dans le cas qui nous occupe, d'un recours invoquant la violation de la loi, serait ainsi appelé à apprécier en fait le caractère du livre incriminé (1). »

Les requérants ont employé la combinaison du recours hiérarchique et du recours pour excès de pouvoir, d'ailleurs sans succès dans l'affaire « Chambre syndicale du papier ».

Mécontents de voir l'imprimerie nationale fabriquer les enveloppes destinées à contenir les bulletins de vote, les membres de la chambre syndicale du papier avaient intenté un recours hiérarchique auprès du ministre des Finances à l'effet de protester contre cette fabrication, qu'ils considéraient comme abusive. Ils introduisaient un recours pour excès de pouvoir contre la décision de rejet résultant du silence de quatre mois (2).

Par la combinaison du recours hiérarchique et du recours pour excès de pouvoir, le contrôle n'est possible que grâce à l'intermédiaire de la décision. Pour qu'il eût lieu toujours, il fallait que cette décision ne fût pas

(1) Conclusions de M. Pichat, commissaire du gouvernement, sous l'affaire Chapuis. S. 1911, III, p. 53.

(2) Arr. Cons., 1^{er} février 1918. Chambre syndicale du papier, p. 93.

discrétionnaire pour l'administration, ce qui n'est réalisé que depuis 1900.

b) *Existence d'une décision.*

Ce n'est qu'exceptionnellement qu'en présence d'une décision, il faudra en provoquer une seconde par le recours hiérarchique avant d'intenter un autre recours.

Le principe est que l'existence du recours hiérarchique ne fait pas obstacle à la possibilité d'exercer un recours contentieux. En ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, le recours hiérarchique n'est pas au nombre des recours parallèles qui font obstacle au premier.

Des recours ayant été dirigés contre des arrêtés préfectoraux rendus en matière de pensions et n'ayant pas été déclarés irrecevables, il était implicitement reconnu que le recours hiérarchique préalable était inutile (1). En 1881, le ministre de l'Intérieur, dans ses conclusions, demandait au Conseil d'Etat de se déjuger, « attendu que la décision du préfet n'ayant pas été déférée au ministre n'était pas définitive et ne pouvait être déférée directement au Conseil d'Etat » (2). Sur cette fin de non-recevoir, le Conseil a répondu par un refus, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Gomel. Celui-ci disait que, d'après les termes du

(1) Arr. Cons., 7 avril 1869, ville de Nîmes, p. 326, 16 janv. 1874, ville de Lyon, p. 53.

(2) Arr. Cons., 24 juin 1881. Bougard, p. 649.

décret du 25 mars 1852, les préfets statuent, que par conséquent la décision du préfet devait être considérée comme l'équivalent de celle du ministre. On trouve, il est vrai, l'arrêt « Commune de Philippeville », où le Conseil a déclaré non recevable un recours contre un arrêté du préfet de Constantine portant répartition entre les communes du produit de l'octroi de mer. « Cette demande n'est pas de celles qui peuvent être directement portées devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir. » Selon la remarque de M. Laferrière, dans cet acte, le Conseil d'Etat a hésité à voir « une de ces décisions d'autorités inférieures qui fixent les droits des parties en dehors de toute intervention du supérieur hiérarchique », c'est-à-dire qu'il a pensé que la répartition du produit ayant pour base les instructions du supérieur n'était définitive que lorsque le ministre se l'était appropriée.

En principe, lorsqu'un tribunal judiciaire renvoie à l'autorité administrative l'interprétation d'un de ses actes, le recours hiérarchique est inutile. L'application de la règle « *ejus interpretari cujus est condere* » conduit à demander l'interprétation à l'auteur ou à celui qui pourrait l'être. Ainsi les règlements de voirie faits par les Bureaux des finances seraient interprétés par le Chef de l'Etat qui maintenant a qualité pour les faire.

L'arrêt Brescon (1) établit l'inutilité du recours hiérarchique. Il statuait sur un arrêté interprétatif de la

commission départementale des Hautes-Pyrénées, l'intermédiaire du Conseil Général, supérieur hiérarchique, ayant été omis. L'arrêt Rivier du 4 avril 1884 se prononce dans le même sens (1). Sans doute l'article 88, § 3, de la loi du 10 avril 1871 prévoit contre les délibérations des commissions départementales, le recours direct au Conseil d'Etat, mais il s'agit du recours pour excès de pouvoir. Il était utile que des arrêts vinssent trancher la question en matière d'interprétation, et montrer là aussi l'inutilité du recours hiérarchique.

Un tribunal judiciaire ne peut pas toujours apprécier la validité d'un acte administratif. Il renvoie à une autorité qualifiée cette question. Cette autorité ne sera pas l'auteur de l'acte dont la réponse est à peu près certaine. Il est inutile de demander à celui qui a pris la décision, s'il s'en tient là ou s'il la tient pour non valable. D'après l'arrêt « Sainte-Marie du Mont » du 13 novembre 1874, c'est à l'autorité administrative qu'il appartient d'apprécier préjudiciellement ses propres actes. Le ministre a été saisi sur renvoi du tribunal.

Le 18 mars 1875, le tribunal de Pamiers a renvoyé au ministre, malgré les termes « Conseil d'Etat » insérés dans le dispositif.

L'arrêt « Ville de Cannes » établit l'inutilité du recours hiérarchique. L'appréciation de la validité était

(1) Interprétation directement demandée au Conseil d'Etat. De Noblet la Clayette, 16 juillet 1915.

soumise au Conseil d'Etat « *omisso medio* ». Sur la fin de non-recevoir tirée de ce que la requête tendait à soumettre au Conseil d'Etat une question qu'il appartenait au Ministre de trancher, il a été répondu que la requête ne rentrait pas par son objet « dans un cas où il appartiendrait soit au préfet, soit au ministre, de statuer préalablement à la décision du Conseil d'Etat. » (1) La validité d'un arrêté du préfet de l'Isère a été appréciée « *omisso medio* » en 1888; l'arrêt « Commune de la Seyne » statue directement sur la validité d'un acte approbatif de procès-verbaux de délimitation de terrains contestés à ladite commune. Cet acte approbatif, arrêté préfectoral, n'a pas été soumis au ministre (2).

Lorsqu'il s'agit de recours pour excès de pouvoir, le recours hiérarchique est considéré dans certains cas exceptionnels comme un recours parallèle qui empêche le recours pour excès de pouvoir direct. L'intermédiaire du recours hiérarchique est ainsi imposé par la jurisprudence dans le cas où l'on défère au Chef de l'Etat l'arrêté préfectoral créant une association syndicale.

C. OBLIGATION RESULTANT DU CONTRAT.

Si, devant le Conseil de préfecture, la décision préa-

(1) Arr. Cons., 28 avril 1882. Ville de Cannes.

(2) Appréciation de validité déférée directement au Conseil d'Etat, 8 avril 1911, Commune de Ousse Suzan.

lable n'est pas exigée en général, les contractants ont pu par une clause s'imposer cette obligation. D'après l'article 70 du cahier des clauses et conditions générales de 1876, les difficultés entre l'entrepreneur et le Chef de Génie devaient être soumises au directeur du Génie puis au Ministre avant d'aller devant le juge du contrat. Les articles 50 et 51 du cahier des Ponts et Chaussées obligent à porter la réclamation à l'ingénieur en chef puis au préfet (1). Il y a eu des objections contre cette sorte de préliminaire de conciliation imposé contractuellement.

Comme le fait remarquer M. Laferrière, les agents subordonnés avec lesquels l'entrepreneur est en rapport ne peuvent se prononcer au nom de l'Etat. Le recours hiérarchique sert à obtenir la décision qui n'est que préparée par ces subordonnés, tels que le directeur du génie et l'ingénieur en chef.

§ 2. *Recours facultatif.*

Si, malgré son caractère facultatif, le recours hiérarchique est employé, son utilité est de prolonger le délai du recours contentieux. C'est ainsi que s'est fixée la jurisprudence après un revirement.

Quand un particulier lésé par un acte administratif,

(1) Arr. Cons., 2 mai 1884. Maquenne.

après avoir recouru au supérieur hiérarchique, s'adresse au Conseil d'Etat, son pourvoi est-il soumis au délai déterminé par l'art. 11 du décret de 1806? Cette question a donné lieu à trois systèmes différents. Le premier, considère que la décision du supérieur hiérarchique, acte nouveau, peut être attaquée en elle-même dans les délais voulus. Par suite, quel que soit le temps écoulé entre l'acte du subordonné et le recours hiérarchique, la décision du supérieur sera attaquable à condition qu'on s'y prenne à partir de cette décision dans les délais voulus.

Le deuxième système exige que le recours hiérarchique soit introduit dans les délais du recours contentieux, sinon la décision du supérieur est inattaquable devant le Conseil d'Etat.

Le troisième système décide que le recours hiérarchique ne saurait influencer sur le recours contentieux contre la décision du subordonné, lequel doit être introduit dans le délai voulu qui est compté à partir de cette première décision.

A. SYSTEME QUI FAIT REVIVRE LES DELAIS

Jusqu'en 1865, il semble qu'on ait sans difficulté admis que le recours hiérarchique aboutissait toujours à une décision contre laquelle on pouvait se pourvoir au con-

tentieux (1). Il y avait bien eu des protestations de la part de Serrigny (2). Dans l'affaire Ville de Châlons-sur-Marne contre Navarre, le commissaire du gouvernement L'Hôpital disait : « Ensuite il (M. Dufour) (3) fait remarquer, avec d'autres juriscultes, que l'expiration d'un délai écoulé depuis la notification de l'arrêté d'un préfet n'empêche point que cet arrêté puisse être déféré au ministre, supérieur hiérarchique, dont la décision pourrait être attaquée à son tour, de telle sorte que le délai revivra. » (4).

Dans l'affaire d'Andigné de Resteau, le commissaire du gouvernement s'exprimait ainsi : « C'est à nouveau que vous devez examiner, au point de vue de l'application de la même règle, l'autre recours formé par le même sieur d'Andigné de Resteau contre une décision nouvelle, celle du ministre qui a confirmé ces arrêtés... Nous comprenons à merveille, messieurs, la bizarrerie de la conséquence. La lice fermée s'est donc rouverte ! dirait-on. Mort sous une forme, le droit de la partie renaît sous une autre. A quoi bon l'avoir enterré, s'il doit revivre ? N'est-il pas contraire à l'essence de la juridiction administrative d'accepter, de favoriser de semblables circuits d'action... La seule question, la voici : Le recours

(1) Arr. Cons., 15 mars 1855 (D. P. 55. 3. 52).

(2) Questions de droit adm., p. 498.

(3) Dufour. *Traité de droit adm.*, 2^e édit., t. I, p. 389.

(4) Arr. Cons., 20 mars 1862. Ville de Châlons, D. P. 65, III, p. 65.

ordinaire contre la décision du ministre est-il non-recevable, bien qu'il soit formé dans les délais, par cela seul que le recours spécial pour excès de pouvoir, contre l'arrêté du préfet, n'était pas recevable, ayant été formé hors des délais? — Eh bien ! sur la question ainsi posée, nous n'hésitons pas. » (1).

Conformément à ces conclusions, on lisait dans l'arrêt : « Considérant que notre ministre a statué sur le pourvoi formé devant lui par le sieur d'Andigné de Resteau contre les arrêtés du préfet de la Sarthe : que cette décision peut nous être déférée par la voie contentieuse, et que le décret qui a déclaré que le sieur d'Andigné de Resteau n'était plus recevable à se pourvoir directement devant nous, pour excès de pouvoir, contre les arrêtés du préfet, ne saurait faire obstacle à ce qu'il attaque devant nous la décision prise par le ministre. »

L'arrêt « Commune de Sotteville » suivait la même voie, et un recours hiérarchique ayant été introduit après l'expiration du délai, le recours pour excès de pouvoir contre la décision du supérieur était déclaré recevable.

On permettait ainsi, par un artifice de procédure, d'échapper à la déchéance, tout au moins quand la partie se disant lésée n'était pas celle qui avait eu à exécuter personnellement l'acte. Dans ce cas, en effet, on avait pu lui opposer la fin de non-recevoir tenant à l'acquiesce-

(1) Conclusions du commissaire du gouvernement l'Hôpital. Arr. Cons., 9 fév. 1865, d'Andigné-de-Restau. D. P. 65. III. p. 67,

ment. Les inconvénients pratiques d'un pareil système étaient nombreux. Depuis 1864, le ministre étant obligé de répondre, il n'existait aucun moyen pour l'administration d'échapper à l'instance. Actuellement, ces recours tardifs seraient rejetés. Le sieur Trophardi ayant intenté un recours pour excès de pouvoir contre une décision ministérielle qu'il avait provoquée tardivement et qui confirmait une décision du directeur des contributions directes a été débouté (1).

B. SYSTEME QUI PROLONGE LES DELAIS.

L'arrêt Bansais marque le revirement de la jurisprudence. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt proposait de déclarer déchus les requérants ayant introduit un pourvoi tardif. Son argumentation pouvait se résumer de la manière suivante : c'est un recours pour excès de pouvoir, par suite un recours contentieux qui est introduit devant le ministre contre un acte de ses subordonnés. A ce recours contentieux, il faut appliquer la règle du délai. Si ce dernier est expiré, c'est au ministre statuant en qualité de supérieur hiérarchique et non en qualité de juge qu'on s'adressera, et il sera impossible de continuer par un recours pour excès de pouvoir.

(1) Arr. Cons., 17 mai 1912. Trophardi, p. 564.

« Ce recours n'est pas autre chose que le recours même pour excès de pouvoir. » (1).

Cette argumentation du commissaire du gouvernement reposant sur la doctrine abandonnée du ministre-juge n'est plus à discuter. Cependant c'est le système que la jurisprudence a suivi jusqu'à présent. C'est lui que le Conseil d'Etat a employé dans l'arrêt Esmard (27 juin 1913) (2) : « Considérant d'une part que les requérants se sont pourvus contre les arrêtés des 28 nov. 1907, 26 mars 1910, 17 oct. 1910, devant le ministre de l'Intérieur, à la date du 3 mars 1911, et que, d'autre part, ils ont déféré directement au Conseil d'Etat l'arrêté du 15 mai 1911 : que, leurs pourvois contre les arrêtés précités ayant été formés après l'expiration des délais à eux impartis par la loi du 13 avril 1900, les conclusions tendant à l'annulation des arrêtés des 28 nov. 1907, 26 mars 1910, 17 oct. 1910, 15 mai 1911, ne sont point recevables ; — Considérant par contre, que les requérants ont attaqué devant le ministre l'arrêté du 21 janv. 1911, publié le 26 janv. 1911, à la date du 3 mars 1911, et que la décision par laquelle le ministre de l'Intérieur a statué sur ce recours hiérarchique a été déférée également au Conseil d'Etat dans le délai de deux mois, imparti par la loi du 13 avril 1900 ; que, par suite, le pourvoi des requé-

(1) Conclusions du commissaire du gouvernement Le Vavas-
seur de Précourt, sous l'arrêt Bansais, 13 avril 1881, .

(2) S. 1920. III. 23.

rants, en tant qu'il est dirigé contre l'arrêté du 21 janvier 1911, est recevable. »

C. SYSTEME QUI NE PROLONGE PAS LES DELAIS

Déjà en 1882, le système proposé dans les conclusions du commissaire du gouvernement avait été critiqué par l'annotateur des arrêts du Conseil d'Etat. « La doctrine penche de plus en plus à admettre que les ministres ne font pas acte de juges. » Dans ces conditions, il y aurait lieu d'adopter la solution qui paraissait anormale au commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt et qu'il avait aperçue. « Est-ce une simple décision administrative du supérieur hiérarchique ? Est-ce une décision ayant au moins pour partie un caractère contentieux ? Nous sommes favorables à cette seconde interprétation.... Si la décision ministérielle n'est qu'une simple décision administrative, cette décision, susceptible d'un appel spécial, au cas où elle réforme la décision de l'agent inférieur, ne nous semble pas, au cas où elle la confirme, pouvoir faire revivre le délai expiré. En matière contentieuse ordinaire (et nous croyons que depuis la loi du 24 mai 1872 les règles du contentieux doivent être en général appliquées aux recours pour excès de pouvoir), la décision confirmative ne fait pas

revivre le délai, d'où la conséquence que le recours au supérieur hiérarchique ne prorogerait pas ce délai. » (1).

Comme le fait remarquer l'arrêtiste du recueil Dalloz, le commissaire du gouvernement a remarqué l'analogie qui existe entre les décisions des ministres refusant d'annuler les actes de leurs subordonnés et les décisions confirmatives contre lesquels un recours contentieux n'est pas admis. C'est en effet contre la première décision qu'on se pourvoit, et il faut pour cela être dans les délais. Telle est la solution en matière de recours gracieux.

Si la décision du supérieur n'a pas été confirmative de celle du subordonné, contre ce nouvel acte un recours contentieux sera possible, mais ce cas ne rentre pas dans l'hypothèse envisagée.

On peut remarquer qu'un tel système ne prolongeant pas les délais est en contradiction avec le décret de 1864. Il eût été inutile d'assimiler le silence de quatre mois à un rejet susceptible de recours, si le requérant eût été forcé d'un autre côté. Si en effet on le supposait attaquer la décision du subordonné et non la décision confirmative du ministre, il fallait qu'il s'y prit dans le délai de trois mois à partir de la décision primitive, délai nécessairement écoulé après les quatre mois de silence.

(1) Conclusions du commissaire du gouvernement Le Vavas seur de Précourt, sous l'arrêt Bansais, D. P. 82. 3. 49.

En admettant que le recours hiérarchique ne prolonge pas les délais, l'annotateur indiquait une conséquence de l'abandon de la théorie du ministre-juge. Aujourd'hui cependant, la jurisprudence ne paraît pas varier. Elle continue à combiner les recours, et peut-être cette solution est-elle justifiée, non par le caractère contentieux du recours devant le ministre, mais au contraire, par le caractère hiérarchique du recours pour excès de pouvoir. Tel paraît être l'avis de M. Hauriou.

CHAPITRE III

CAS OU LE RECOURS HIERARCHIQUE

EST FORME SEUL

Le recours hiérarchique pourra être utilisé seul. L'administré pourra par ce moyen obtenir la satisfaction qu'il désire, auquel cas tout sera fini.

Il pourra aussi arriver que, quel que soit sa volonté, le recours contentieux suivant le recours hiérarchique n'aboutirait pas. Ainsi, dans tous les cas où le recours pour excès de pouvoir ne serait pas recevable, l'intéressé sera obligé de s'en tenir au recours hiérarchique. Il devrait adopter la même attitude s'il lui était impossible de faire annuler un acte par un des moyens admis dans l'excès de pouvoir. Ces moyens étant en général des moyens de légalité, plus la loi laissera d'initiative à l'administration, plus il sera difficile d'attaquer un de ses actes devant le juge de l'excès de pouvoir. Les pouvoirs

de l'administration peuvent être étendus à raison du temps, à raison du lieu, à raison des personnes.

Sous le régime de l'état de siège, les faits qui normalement seraient interdits à l'administration deviennent licites : c'est l'extension en raison du temps.

L'autorité militaire reçoit des pouvoirs de police exceptionnels énumérés par l'article 9 de la loi de 1849.

L'extension à raison du lieu est celle qui existe aux colonies. « En raison du domaine territorial sur lequel elle agit, l'administration possède parfois des pouvoirs extraordinaires. » (1)

Ce n'est pas seulement par rapport à la loi, mais par rapport aux autres sources de droit que l'administration peut être libre. Les règlements d'administration publique, décrets, la réglementation locale peuvent être si peu abondants que tout soit réglé par ces manifestations de volonté inférieures qu'on appelle des ordres hiérarchiques et qui consistent dans des injonctions adressées par les supérieurs aux fonctionnaires subalternes. Sont dans ce cas les territoires de commandement militaire ou, à côté des règlements de l'autorité militaire, on ne rencontre comme source de droit normale que les ordres hiérarchiques, qui le plus souvent même sont verbaux. « Ainsi le territoire militaire est naturellement le pays d'élection de l'instruction de service sous sa forme la plus

(1) Cavan. Thèse 1913, vol. 62, p. 47.

grossière. La loi, le décret et même l'arrêté du gouverneur ne pouvant y pénétrer, on en revient forcément à l'état de police de jadis; l'administration y est pleinement indépendante et n'est soumise à aucune règle de droit : c'est un *aceroe* inévitable au système de la légalité. Exceptionnellement ainsi, l'ordre hiérarchique n'est pas pris en exécution d'une source supérieure de droit. » (1)

A l'égard des fonctionnaires, qui constituent comme une colonie à l'intérieur, les pouvoirs de l'administration sont plus étendus qu'à l'égard des particuliers.

Toutes les fois qu'on ne pourra arguer de la contradiction qui existe entre une règle de droit et une règle supérieure, on en sera réduit au seul recours hiérarchique. Lorsque l'agent dont on se plaint s'est tenu dans les limites qu'il doit respecter, on ne peut que s'adresser au supérieur.

En matière de répression disciplinaire, ceux qui l'appliquent n'étant guidés en général par aucun texte précis, il a été difficile de protéger les fonctionnaires contre l'arbitraire. Le recours hiérarchique qui leur était ouvert en vertu des principes généraux n'ayant pas paru une protection suffisante au Conseil d'Etat, ce dernier a tenté d'enfermer l'action disciplinaire dans de certaines limites. Il l'a astreinte aux formes, dans la

(1) Cavan, p. 47.

mesure du possible, il a permis de l'arguer de détournement de pouvoir.

Plus le régime de légalité se développe, plus les hypothèses où le seul recours hiérarchique est possible diminuent.

Le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Le président de la thèse,
L. ROLLAND.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
APPEL.



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

HISTOIRE ET NATURE DU RECOURS HIÉRARCHIQUE

CHAPITRE PREMIER. — *Historique.*

§ 1. — Précédents sous l'Ancien Régime.....	9
§ 2. — Précédents sous la période révolutionnaire.....	10
§ 3. — Apparition du recours hiérarchique.....	14

CHAPITRE II. — *Nature du recours hiérarchique.*

§ 1. — Analyse du pouvoir hiérarchique.....	19
§ 2. — Exercice du pouvoir hiérarchique.....	29
A. Pouvoir hiérarchique et surveillance. — B. Commandement. — C. Contrôle. — D. Pouvoir disciplinaire.	

CHAPITRE III. — *Règles du recours hiérarchique.*

§ 1. — Recevabilité du recours.....	32
A. Recevabilité tenant à l'acte attaqué. — B. Recevabilité tenant à la qualité de la partie.	
§ 2. — Motifs du recours.....	42

§ 3. — Procédure du recours.....	45
A. Autorité à qui il est adressé. — B. Forme de la décision.	
§ 4. — Effets du recours.	

DEUXIEME PARTIE

COMPARAISON DU RECOURS HIÉRARCHIQUE ET DES RECOURS CONTENTIEUX

CHAPITRE PREMIER. — <i>Caractère non juridictionnel du recours hiérarchique</i>	54
§ 1. — Distinction des fonctions administrative et législative et de la fonction judiciaire.....	54
§ 2. — Distinction des jugements et des actes administratifs et législatifs.	59
CHAPITRE II. — <i>Comparaison du recours hiérarchique et du recours pour excès de pouvoir.</i>	
§ 1. — Comparaison au point de vue des actes attaqués...	73
§ 2. — Comparaison au point de vue du requérant.....	90
A. Ce qui rapproche les recours : inutilité d'un droit. — B. Ce qui les éloigne : Intérêt d'une certaine espèce.	
§ 3. — Comparaison au point de vue des motifs.....	96
A. Motifs admis dans les deux recours. — B. Motifs non admis dans le recours pour excès de pouvoir.	
§ 4. — Comparaison au point de vue des effets.....	104
A. Effet direct. — B. Effet indirect. — C. Effet au point de vue des mesures d'exécution. — C. Caractère absolu de l'effet. — D. Autorité de la chose jugée attachée à la constatation de l'illégalité.	
§ 5. — Comparaison au point de vue des autorités saisies..	119
A. Adoption des formes usitées devant les juridictions. — B. Pouvoirs réciproques du conseil et du chef de l'Etat.	
§ 6. — Comparaison au point de vue du caractère subsidiaire.	124
A. Motif de la règle dite du recours parallèle. — B. Applications de la règle dite du recours parallèle.	
cours,	

§ 7. — Comparaison au point de vue des formes et délais.....	135
§ 8. — Conclusions sur la comparaison des recours.....	138
A. Preuve du caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir par les principes généraux. — B. Textes. — C. Opinion du Conseil d'Etat. — D. Organisation du re-	
CHAPITRE III. — <i>Comparaison du recours hiérarchique et du recours contre le retrait de concession d'une mine</i>	145
§ 1. — Caractère contentieux du recours contre le retrait de concession	145
§ 2. — Caractère hiérarchique du recours.....	147
CHAPITRE IV. — <i>Comparaison du recours hiérarchique et du recours de pleine juridiction</i>	149
§ 1. — Nécessité d'une décision dans le recours de plein contentieux	150
§ 2. — Pouvoirs du juge du recours de pleine juridiction comparés à ceux du supérieur hiérarchique.....	151
A. Constatation. — B. Décision	

TROISIEME PARTIE

COMPARAISON DU RECOURS HIERARCHIQUE ET DES AUTRES RECOURS NON JURIDICTIONNELS

CHAPITRE PREMIER. — <i>Comparaison du recours hiérarchique et du recours gracieux</i>	159
§ 1. — Ressemblances des recours par leur caractère administratif	160
§ 2. — Différences des recours au point de vue de la liaison du contentieux	163
CHAPITRE II. — <i>Comparaison du recours hiérarchique et du recours en matière de tutelle</i>	164
§ 1. — Caractère administratif.....	168
§ 2. — Caractères qui rapprochent ces recours des recours juridictionnels	170

QUATRIEME PARTIE

UTILISATION DU RECOURS HIERARCHIQUE

*Le recours hiérarchique peut s'utiliser soit seul,
soit comme préliminaire d'autres recours.*

CHAPITRE PREMIER. — <i>Recours hiérarchique préalable à d'autres recours</i>	175
§ 1. — <i>Recours obligatoire</i> ..	175
A. Obligation résultant de la loi. — B. Obligation résultant de la jurisprudence. — Obligation résultant du contrat.	
§ 2. — <i>Recours facultatif</i>	189
A. Système qui fait revivre les délais. — B. Système qui prolonge les délais. — C. Système qui ne prolonge pas les délais.	
CHAPITRE III. — <i>Cas où le recours hiérarchique est formé seul</i>	198

